

## Hoge Raad, 29 juni 2007, Derksen v Homburg



### OVEREENKOMSTENRECHT

#### Vooropstellen taalkundige uitleg overeenkomst

• In dit geval, dat wordt gekenmerkt door de (...) factoren - waaronder met name de aard van de overeenkomst (een vaststellingsovereenkomst inzake een zuiver commerciële transactie), en het feit dat partijen bij de totstandkoming daarvan werden bijgestaan door (juridisch) deskundige raadslieden -, stond het Hof vrij om vooralsnog zonder een inhoudelijke beoordeling van de in het onderdeel bedoelde stellingen van [eiseressen], te komen tot een voorschands gegeven oordeel aangaande de uitleg van art. 8a

Onderdeel 1A klaagt in de eerste plaats dat het hof, door het resultaat van zijn taalkundige uitleg van art. 8a voorop te stellen en daaraan veel betekenis toe te kennen - door [eiseressen] te belasten met de stelplicht en het bewijs van een afwijkende betekenis - zonder reeds bij die taalkundige uitleg acht te slaan op de door [eiseressen] beargumenteerde context van dat artikel en op de overige voor het vaststellen van de betekenis van de bewoordingen van art. 8a essentiële stellingen van [eiseressen], de Haviltex-maatstaf verkeerd heeft toegepast. Deze klacht faalt. Het stond het hof vrij om in dit geval, dat wordt gekenmerkt door de in rov. 4.7 van het bestreden arrest vermelde factoren - waaronder met name de aard van de overeenkomst (een vaststellingsovereenkomst inzake een zuiver commerciële transactie), en het feit dat partijen bij de totstandkoming daarvan werden bijgestaan door (juridisch) deskundige raadslieden -, vooralsnog zonder een inhoudelijke beoordeling van de in het onderdeel bedoelde stellingen van [eiseressen], te komen tot een voorschands gegeven oordeel aangaande de uitleg van art. 8a en vervolgens te beoordelen of [eiseressen], de partij op wie hier de bewijslast rust, voldoende had gesteld om tot bewijs te worden toegelaten (vgl. HR 19 januari 2007, nr. C05/266, LJN AZ3178).

Vindplaatsen: LJN: [BA4909](#), NJ 2007, 576, m.nt. Wis-sink

## Hoge Raad, 29 juni 2007

(J.B. Fleers, O. de Savornin Lohman, A.M.J. van Buchem-Spapens, A. Hammerstein en F.B. Bakels)

Arrest

in de zaak van:

1. [Eiseres 1] Derksen, wonende te [woonplaats],
2. [Eiseres 2], wonende te [woonplaats], Verenigd Koninkrijk,
3. [Eiseres 3],

gevestigd te [vestigingsplaats],  
4. L'ORAGE PROJECTEN B.V.,  
gevestigd te Overveen,  
5. ARTEMA CORPORATION N.V.,  
gevestigd te Willemstad, Curaçao,  
EISERESSEN tot cassatie, verweersters in het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep,  
advocaten: mrs. R.S. Meijer en F.E. Vermeulen,  
t e g e n

1. [Verweerder 1] Homburg, wonende te [woonplaats],
2. UNI-INVEST PRIORITEIT B.V., gevestigd te Amsterdam,
3. UNI-INVEST HOLDINGS (NL) B.V., gevestigd te Deventer,
4. JETNET FLEET B.V. (voorheen achtereenvolgens genaamd: [A] B.V., Enviropic Industries B.V. en Write Time Corp B.V.), gevestigd te Amsterdam,
5. CAPA CITY REALTY B.V., gevestigd te Amsterdam,
6. UNI-INVEST HOLLAND LIMITED, gevestigd te Dartmouth (Nova Scotia), Canada,
7. UNI-INVEST NEDERLAND LIMITED, gevestigd te Dartmouth (Nova Scotia), Canada,
8. VIGOR BEHEER B.V., gevestigd te Boxtel,

VERWEERDERS in cassatie, eisers tot het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep,  
advocaten: mrs. M.V. Polak en M.P.P. de Planque.

Partijen zullen hierna ook worden aangeduid als [eiseressen] en [verweerders], verweerders onder 1 t/m 4 ook afzonderlijk als [verweerder] c.s., verweersters onder 5 t/m 7 ook afzonderlijk als de Uni-Invest vennootschappen en verweester onder 8 ook afzonderlijk als Vigor Beheer.

#### 1. Het geding in feitelijke instanties

[Eiseressen] heeft bij exploit van 17 juli 2001 en 23 juli 2001 [verweerders] gedagvaard voor de rechtbank te Zwolle en gevorderd, kort gezegd, te verklaren voor recht dat art. 8a van de tussen partijen gesloten vaststellingsovereenkomst zo moet worden uitgelegd, dat bij vervreemding van de prioriteits aandelen in Uni Invest door [verweerders], ongeacht op welke wijze dit geschiedt, de Control Premium, waaronder te verstaan de waarde die de aan de prioriteits aandelen in Uni-Invest verbonden zeggenschapsrechten vertegenwoordigen boven de nominale waarde van die aandelen, voor de helft aan [eiseressen] toekomt, althans de gevolgen van art. 8a in die zin te wijzigen, althans te verklaren voor recht dat [verweerders] jegens [eiseressen] verplicht is tot vergoeding van de schade die [eiseressen] lijdt doordat [verweerders] haar verplichting tot levering niet nakomt, alsmede [verweerders] te veroordelen om aan [eiseressen] te vergoeden bovenbedoelde schade en [verweerders] te veroordelen om aan [eiseressen] te betalen een bedrag van ? 10.962.682,- als voorschot op bovenbedoelde schade, met rente en kosten.

[Verweerders] heeft de vordering bestreden en (met uitzondering van Vigor Beheer), in reconventie gevorderd, kort gezegd, te verklaren voor recht dat

[eiseressen] geen rechten op grond van art. 8a van de vaststellingsovereenkomst van 24 april 1996 kan ontleen aan de rechten die hebben toebehoord aan [betrokkene 1] en [betrokkene 2] en die v?r de afstandsverklaring jegens [verweerders] geldend gemaakt konden worden.

De rechtbank heeft bij vonnis van 5 maart 2003 in conventie [eiseressen] niet-ontvankelijk verklaard in haar vordering tegen Vigor Beheer en de Uni-Invest vennootschappen, de verklaring voor recht toegewezen, het geding verwezen naar een schadestaatprocedure en [verweerder] c.s. veroordeeld om aan [eiseressen] te betalen een bedrag van ? 8.000.000,- als voorschot op de te vergoeden schade. In reconventie heeft de rechtbank de Uni-Invest vennootschappen niet-ontvankelijk verklaard in hun vorderingen en de vorderingen voor het overige afgewezen.

Tegen dit vonnis hebben [verweerder] c.s. hoger beroep ingesteld bij het gerechtshof te Arnhem (rolnummer 2003/859). [Eiseressen] heeft eveneens hoger beroep ingesteld tegen dit vonnis met dagvaarding van de Uni-Invest vennootschappen en Vigor Beheer (rolnummer: 2003/870).

Bij tussenarrest van 13 april 2004 heeft het hof voeging van de zaken met rolnummers 2003/870 en 2003/859 gelast en bij eindarrest van 28 juni 2005 heeft het hof het zowel in conventie als in reconventie gewezen vonnis van de rechtbank vernietigd, in conventie de vordering van [eiseressen] afgewezen en in reconventie verstaan dat [verweerder] c.s. geen belang meer hebben bij hun vordering.

Het arrest van het hof is aan dit arrest gehecht.

## **2. Het geding in cassatie**

Tegen het arrest van het hof heeft [eiseressen] beroep in cassatie ingesteld. [Verweerder] c.s. en de Uni-Invest vennootschappen hebben voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep ingesteld. De cassatiedagvaarding en de conclusie van antwoord tevens houdende voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep zijn aan dit arrest gehecht en maken daarvan deel uit.

Tegen Vigor Beheer is verstek verleend.

Partijen hebben over en weer geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten. De conclusie van de Advocaat-Generaal D.W.F. Verkade strekt in het principale beroep tot vernietiging en verwijzing, en in het incidentele beroep tot verwerping.

## **3. Uitgangspunten in cassatie**

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) Uni-Invest N.V. is een aan de Amsterdamse effectenbeurs (Euronext Amsterdam) genoteerde vennootschap.

(ii) In 1991 was de financi?le situatie van Uni-Invest slecht. In augustus/september van dat jaar kocht [verweerders] via Vebemij Vastgoed B.V. (thans genaamd: Uni-Invest Holdings (NL) B.V.) - verweester in het principaal cassatieberoep, tevens eiseres in het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep sub 3 - 297.730 aandelen Uni-Invest voor een prijs van ? 29,- per aandeel. Tegelijkertijd verwierf [verweerders] via [B] B.V. (thans genaamd: Uni-Invest Prioriteit B.V.) - verweer-

ster in het principaal cassatieberoep, tevens eiseres in het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep sub 2 - alle prioriteitsaandelen in Uni-Invest, tegen de nominale waarde.

(iii) In 1991 was [betrokkene 3] ??n van de financiers van Uni-Invest. [Betrokkene 3] verstrekte via de Stichting Levend Water, enig aandeelhouder van Levend Water N.V., hypothecaire leningen aan Uni-Invest.

(iv) Op 25 november 1991 zijn tussen [verweerder 1] - verweerder in het principaal cassatieberoep, tevens eiser in het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep sub 1 - en [betrokkene 3] voornoemd in het kader van een beklonken reddingsoperatie ten behoeve van Uni-Invest 300.500 aandelen Uni-Invest aan Levend Water geleverd voor een prijs van eveneens ? 29,- per aandeel, waarna de belangen van [verweerders] (via Vebemij Vastgoed) en [eiseressen] (via Levend Water) in het kapitaal van Uni-Invest materieel met elkaar overeenstemden. Betaling van de aandelen door Levend Water vond nagenoeg geheel plaats door middel van verrekening met de verstrekte hypothecaire leningen. De overeenkomst van de aandelenoverdracht van 25 november 1991, die wordt geacht te zijn ge?ffectueerd op 20 september 1991, bevat onder meer de volgende bepaling:

'5. [B] heeft in eigendom de rechten op de prioriteitsaandelen in het kapitaal van Uni Invest. [B] verplicht zich jegens Levend Water, en garandeert zulks, dat de rechten uit hoofde van de prioriteitsaandelen niet zullen worden uitgeoefend dan nadat met Levend Water overeenstemming is bereikt.'

(v) Het restant van de leningen tussen [eiseressen] en Uni-Invest werd omgezet in aandelen Uni-Invest voor een koers van ? 21,- per aandeel. Daarnaast verstrekte [eiseressen] op 1 februari 1992 een converteerbare lening van ? 22.000.000,- aan Uni-Invest. Voorts kocht [eiseressen] nog voor aanzienlijke bedragen nieuw uitgegeven aandelen Uni-Invest.

(vi) Ook buiten Uni-Invest gingen [verweerders] en [eiseressen] in andere onroerendgoedondernemingen samenwerken.

(vii) Blijkens notari?le akte van 2 september 1992 verkreeg [eiseressen] - via Dover Trustco N.V. - formeel 48,75% (materieel 50%) van de aandelen in [B], houster van alle prioriteitsaandelen van Uni-Invest.

(viii) Vervolgens zijn deze aandelen (formeel 48,75%; materieel 50%) in [B] door Dover Trustco N.V. verkocht en geleverd - via [C] (NL) Limited - aan [verweerders]. Blijkens een notari?le akte van 9 december 1994 zijn 7.000 gewone aandelen van de in totaal 48.000 aandelen in [B] door Dover Trustco geleverd aan [C] (NL) Limited. Daarmee was [verweerders] op 9 december 1994 houdster geworden van alle (48.000) gewone aandelen in [B].

(ix) Tussen [verweerders] en [eiseressen] ontstonden geschillen en vanaf de herfst van 1994 zijn tal van procedures aanhangig gemaakt. In april 1996 vroeg [eiseressen] het faillissement aan van Vebemij Vastgoed (thans dus Uni-Invest Holdings (NL) B.V.), omdat een schuld van Vebemij Vastgoed aan Dover Trustco niet was voldaan. Op 23 april 1996 - vlak voor

de behandeling van de faillissementsaanvraag - hebben schikkingsonderhandelingen tussen [verweerders] en [eiseressen] plaatsgevonden over de tussen hen gerezen geschillen. Dit resulteerde in een vaststellingsovereenkomst van 24 april 1996. In deze vaststellingsovereenkomst is de volgende bepaling opgenomen:

'8a. Indien de prioriteitsaandelen Uni-Invest NV [verweerders] zullen verlaten, zal [verweerders] ten behoeve van [eiseressen] bedingen dat de verkrijger een bod doet op alle aandelen Uni-Invest NV die [eiseressen] op dat moment direct of indirect in haar bezit heeft voor een prijs die gelijk is aan de prijs waarvoor de verkrijger gewone aandelen Uni-Invest NV van [verweerders] verwerft. [eiseressen] doet afstand van haar recht op levering van 49% van de aandelen in [B] BV.'

(x) In een fax van 3 april 1997 heeft de raadsman van [eiseressen], mr. R.B.Gerretsen, aan [verweerders] onder meer geschreven:

'Art. 8a van de vaststellingsovereenkomst bevat de bepaling dat (...). Aan deze bepaling ligt de gedachte ten grondslag dat een verkrijger een hogere prijs over zal hebben voor de aandelenpakketten van [verweerders] en [eiseressen] indien hij tegelijkertijd de prioriteitsaandelen verkrijgt en dat die meerwaarde pro rata parte ten goede behoort te komen aan [eiseressen]. Uitgangspunt daarbij is geweest dat aan de prioriteitsaandelen als zodanig de nominale waarde werd toegekend. Op die voorwaarde was cli?nte bereid afstand te doen van haar recht op levering van 49% van de aandelen in [B] BV, zoals dan ook aan het slot van art. 8a van de vaststellingsovereenkomst is bepaald.'

(xi) Namens [verweerders] heeft [betrokkene 4] in een fax van 11 april 1997 als hierop als volgt gereageerd:

'Het is een misverstand dat [eiseressen] zal meedelen in een meerwaarde die bereikt wordt bij de verkoop van de aandelen Uni-Invest Prioriteit B.V. Dit staat nergens in de vaststellingsovereenkomst en is ook nooit overeengekomen. Voor de duidelijkheid geef ik nog eens aan dat het enige wat overeengekomen is, is dat [eiseressen], onder bepaalde voorwaarden, gebruik zou kunnen maken van een bod van een derde op aandelen Uni-Invest N.V. (...)

De vaststellingsovereenkomst is een contract waarin staat aangegeven dat [eiseressen] voor de ooit door haar ge?nvesteerde 60 miljoen gulden een bedrag van 72 miljoen gulden terug krijgt en dat daarmee alle belangen zijn gescheiden.'

(xii) Op 2 september 1997 is een overeenkomst getekend tussen [verweerders] en [eiseressen] waarin zij aan elkaar kwijting verlenen voor het grootste deel van de inhoud van de vaststellingsovereenkomst. Voor artikel 8a wordt geen kwijting verleend. Het artikel is onveranderd opnieuw in deze overeenkomst opgenomen.

(xiii) Op 22 september 2000 kondigden Uni-Invest en Vastned Offices/Industrial N.V. aan te gaan fuseren, waarbij [verweerders] (in)direct de prioriteitsaandelen zou gaan verkopen.

(xiv) Ten overstaan van de president van de rechtbank te Amsterdam heeft op 19 oktober 2000 een mondelinge behandeling plaatsgevonden inzake het verzoek van [eiseressen] tot het leggen van conservatoir beslag ten laste van Uni-Invest Prioriteit (op de prioriteitsaandelen Uni-Invest). Blijkens beschikking van 23 oktober 2000 is het verzoek door de president geweigerd. [Eiseressen] is van die beschikking in hoger beroep gegaan.

(xv) Uit een door [betrokkene 1] en [betrokkene 2] voor akkoord getekende fax van 4 december 2000 blijkt dat zij hebben meegedeeld dat zij geen rechten meer zullen ontleenen aan de vaststellingsovereenkomst van 24 april 1996.

(xvi) De in art. 8a van de vaststellingsovereenkomst beschreven situatie heeft zich inmiddels voorgedaan. Een consortium van investeerders onder leiding van [D] heeft een openbaar bod uitgebracht op alle gewone aandelen Uni-Invest. Tevens koopt dit consortium van [verweerders] de prioriteitsaandelen.

3.2 Aan haar hiervoor onder 1 vermelde vorderingen heeft [eiseressen] ten grondslag gelegd - voor zover in cassatie nog van belang - dat [verweerders] de "control premium" (de waarde die de aan de prioriteitsaandelen in Uni-Invest verbonden zeggenschapsrechten vertegenwoordigen boven de nominale waarde van die aandelen, hoe eerstgenoemde waarde ook wordt gerealiseerd) op grond van art. 8a van de vaststellingsovereenkomst van 24 april 1996, zonedig met toepassing van art. 6:248 lid 1 BW, met [eiseressen] dient te delen. Voor het geval de uitleg die [verweerders] aan art. 8a geeft de juiste mocht blijken te zijn, heeft [eiseressen] zich subsidiair op het standpunt gesteld dat sprake is van onvoorziene omstandigheden die van dien aard zijn dat [verweerders] naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de vaststellingsovereenkomst niet mag verwachten.

3.3 De rechtbank heeft de vorderingen van [eiseressen] op de primaire grondslag grotendeels toegewezen, met dien verstande dat [eiseressen] in haar vorderingen voor zover gericht tegen de thans verweerders in cassatie 5-8 niet-ontvankelijk werd verklaard. De hiervoor onder 1 vermelde vordering in reconventie heeft de rechtbank afgewezen, met dien verstande dat de thans verweerders in cassatie 5-7 in die vordering niet-ontvankelijk werden verklaard. In hoger beroep heeft het hof in conventie de vorderingen van [eiseressen] alsnog afgewezen. Daartoe heeft het hof onder meer overwogen

- dat in art. 8a van de vaststellingsovereenkomst slechts een voorwaardelijk "tag along"- recht voor [eiseressen] is vastgelegd, een recht dat beoogt te verzekeren - anders dan in geval van een openbaar bod op alle aandelen Uni-Invest - dat [eiseressen], als [verweerders] zowel haar prioriteitsaandelen als haar gewone aandelen in Uni-Invest gaat vervreemden, haar gewone aandelen Uni-Invest tegen dezelfde prijs kan verkopen als [verweerders] in dat geval voor haar gewone aandelen Uni-Invest realiseert (rov. 4.19);

- dat art. 8a van de vaststellingsovereenkomst dus zo moet worden uitgelegd dat partijen bij de totstandko-

ming daarvan niet zijn overeengekomen dat [eiseressen] bij verkoop daarvan door [verweerders] op welke wijze dan ook recht zou hebben op (de helft van) de (meer)waarde van de prioriteitsaandelen, zodat zich te dezen geen omstandigheden voordoen, ingetreden na het sluiten van de overeenkomst, die partijen niet (uitdrukkelijk of stilzwijgend) in hun overeenkomst hebben verdisconteerd;

- dat het feit dat [eiseressen] thans, achteraf, alsnog een recht wil creëren ten aanzien van de (meer)waarde van de prioriteitsaandelen derhalve, mede gelet op de aard van de overeenkomst, niet als een onvoorzijene omstandigheid kan worden aangemerkt (rov. 4.20)

- en dat, nu [eiseressen] voor het overige geen stellingen heeft geponeerd die, indien bewezen, tot een ander oordeel zouden kunnen leiden, haar bewijsaanbod, dat op zichzelf al weinig is gespecificeerd, zal worden gepasseerd (rov. 4.22).

In reconventie heeft het hof verstaan dat de eisende partijen in verband met de afwijzing van de vorderingen in conventie geen belang meer hebben bij hun vordering.

#### **4. Beoordeling van het middel in het principale beroep**

4.1.1 Onderdeel 1A bestrijdt de wijze waarop het hof is te werk gegaan bij de uitleg van art. 8a van de vaststellingsovereenkomst.

In zijn desbetreffende overwegingen heeft het hof vooropgesteld, in cassatie onbestreden, dat die uitleg moet plaatsvinden met toepassing van de [Haviltex-maatstaf](#) en de maatstaf die is neergelegd in [HR 20 februari 2004, nr. C02/219, NJ 2005, 493 \(rov. 4.5\)](#). Vervolgens heeft het overwogen dat uit de tekst van art. 8a niet rechtstreeks volgt dat [eiseressen] recht heeft op de control premium bij verkoop door [verweerders] van de prioriteitsaandelen: in de bewoordingen van deze bepaling is dit recht naast de zogenaamde "tag along"-verplichting van [verweerders] niet met zoveel woorden opgenomen, ook niet als tegenprestatie voor het afstand doen door [eiseressen] van haar recht op levering van 49% van de aandelen in de vennootschap die de prioriteitsaandelen hield, aldus het hof in rov. 4.6. Aan de taalkundige uitleg van art. 8a komt in beginsel veel betekenis toe omdat het hier gaat om een beding in een vaststellingsovereenkomst die is aangegaan tussen twee gelijkwaardige professionele partijen en die betrekking heeft op een zuiver commerciële transactie, terwijl bovendien vaststaat dat die partijen voor, bij en na het aangaan van de vaststellingsovereenkomst zijn bijgestaan door deskundige raadslieden en dat het concept van de overeenkomst is geredigeerd door de advocaat van [eiseressen] (rov. 4.7). Er bestaat slechts aanleiding af te wijken van de in redelijkheid niet mis te verstane bewoordingen van art. 8a voor zover [eiseressen] stelt en bewijst dat gelet op de omstandigheden van het onderhavige geval aan die bewoordingen een afwijkende betekenis toekomt (rov. 4.8). De desbetreffende stellingen van [eiseressen] zijn echter onvoldoende voor de conclusie dat [eiseressen] recht heeft op de helft van de door [verweerders] bij de ver-

koop van de prioriteitsaandelen gerealiseerde (meer)waarde (rov. 4.12).

4.1.2 Onderdeel 1A klaagt in de eerste plaats dat het hof, door het resultaat van zijn taalkundige uitleg van art. 8a voorop te stellen en daaraan veel betekenis toe te kennen - door [eiseressen] te belasten met de stelplicht en het bewijs van een afwijkende betekenis - zonder reeds bij die taalkundige uitleg acht te slaan op de door [eiseressen] beargumenteerde context van dat artikel en op de overige voor het vaststellen van de betekenis van de bewoordingen van art. 8a essentiële stellingen van [eiseressen], de [Haviltex-maatstaf](#) verkeerd heeft toegepast.

4.1.3 Deze klacht faalt. Het stond het hof vrij om in dit geval, dat wordt gekenmerkt door de in rov. 4.7 van het bestreden arrest vermelde factoren - waaronder met name de aard van de overeenkomst (een vaststellingsovereenkomst inzake een zuiver commerciële transactie), en het feit dat partijen bij de totstandkoming daarvan werden bijgestaan door (juridisch) deskundige raadslieden -, vooralsnog zonder een inhoudelijke beoordeling van de in het onderdeel bedoelde stellingen van [eiseressen], te komen tot een voorshands gegeven oordeel aangaande de uitleg van art. 8a en vervolgens te beoordelen of [eiseressen], de partij op wie hier de bewijslast rust, voldoende had gesteld om tot bewijs te worden toegelaten ([vgl. HR 19 januari 2007, nr. C05/266, LJN AZ3178](#)).

4.2.1 De Hoge Raad ziet aanleiding hierna eerst onderdeel 4 te behandelen. Dit onderdeel keert zich tegen het oordeel van het hof in rov. 4.22 dat aan het door [eiseressen] gedane, op zichzelf al weinig gespecificeerde, bewijsaanbod moet worden voorbijgegaan omdat zij voor het overige geen stellingen heeft geponeerd die, indien bewezen, tot een ander oordeel omtrent de uitleg van art. 8a zouden kunnen leiden. Het desbetreffende bewijsaanbod hield in dat [eiseressen] aanbod de juistheid van haar stellingen inzake de uitleg van art. 8a te bewijzen door onder meer het horen van getuigen, onder wie vier met name genoemden die betrokken zijn geweest bij de onderhandelingen die zijn voorafgegaan aan het sluiten van de vaststellingsovereenkomst.

4.2.2 De motiveringsklacht onder 4a slaagt. In aanmerking genomen de stellingen van [eiseressen] omtrent de gang van zaken bij en voorafgaand aan genoemde onderhandelingen waarnaar het onderdeel verwijst, is zonder nadere, door het hof niet gegeven, motivering niet begrijpelijk dat het hof heeft geoordeeld dat die stellingen als niet ter zake doende buiten beschouwing konden blijven en dus geen bewijs behoefden.

4.3.1 Onderdeel 5 betreft de verwerping in rov. 4.20 van het beroep dat [eiseressen] subsidiair, te weten voor het geval de door haar voorgestane uitleg van art. 8a niet als juist zou worden aanvaard, heeft gedaan op het bepaalde in art. 6:258 BW.

4.3.2 Het onderdeel faalt. Bij een uitleg van art. 8a, die - overeenkomstig het standpunt van [verweerders] - erop neerkomt dat dit artikel aan [eiseressen] geen recht geeft op (de helft van) de bij verkoop te realiseren (meer)waarde van de prioriteitsaandelen, levert, zoals het hof terecht heeft geoordeeld, een verkoop van de

aandelen waarbij de waarde van de prioriteitsaandelen niet wordt verdisconteerd in de waarde van de gewone aandelen, niet een onvoorziene omstandigheid in de zin van voormelde wetsbepaling op.

4.4 Hetgeen in de overige klachten naar voren is gebracht, kan zo nodig na verwijzing aan de orde komen.

### **5. Beoordeling van het middel in het incidentele beroep**

Het middel, dat ertoe strekt zeker te stellen dat na vernietiging en verwijzing de door grief 17 aan de orde gestelde reconventionele vordering alsnog in de rechterlijke oordeelsvorming wordt betrokken, berust op een verkeerde lezing van het bestreden arrest. Anders dan het middel tot uitgangspunt neemt, heeft het hof die vordering immers niet definitief afgewezen, maar slechts verstaan dat de eisende partijen bij een behandeling daarvan geen belang meer hebben, gegeven de afwijzing van de vorderingen van [eiseressen] in conventie. Het middel kan derhalve weliswaar niet tot cassatie leiden, maar nu het geding in conventie wordt verwezen, zal ook grief 17 alsnog aan de orde kunnen komen.

### **6. Beslissing**

De Hoge Raad:

#### **in het principale beroep:**

vernietigt het arrest van het gerechtshof te Arnhem van 28 juni 2005;

verwijst het geding ter verdere behandeling en beslissing naar het gerechtshof te 's-Hertogenbosch;

#### **in het incidentele beroep:**

verwerpt het beroep;

#### **in het principale beroep en in het incidentele beroep:**

veroordeelt [verweerders] in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van [eiseressen] begroot op € 6.085,56 aan verschotten en € 2.600,- voor salaris.

Dit arrest is gewezen door de vice-president J.B. Fleers als voorzitter en de raadsheren O. de Savornin Lohman, A.M.J. van Buchem-Spapens, A. Hammerstein en F.B. Bakels, en in het openbaar uitgesproken door de raadsheer E.J. Numann op 29 juni 2007.

---

## **Conclusie Advocaat-Generaal Verkade**

(...)

### **1. Inleiding**

1.1. Eiseressen tot cassatie, tevens verweersters in het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep worden hierna tezamen '[eiseressen]' genoemd. Verweerders in het principaal cassatieberoep, tevens eisers in het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep worden hierna tezamen aangeduid als '[verweerders]'. Verweerders in het principaal beroep, tevens eisers in het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep sub 5 t/m 7 worden hierna afzonderlijk 'de Uni-Invest vennootschappen' genoemd.

1.2. In deze zaak gaat het om de uitleg van een tussen [eiseressen] en [verweerders] gesloten vaststellings-overeenkomst. Meer in het bijzonder gaat het om de

vraag of [eiseressen] aanspraak heeft op de helft van de aan de prioriteitsaandelen verbonden meerwaarde (de 'control premium'), wanneer de door [verweerders] gehouden prioriteitsaandelen in de beursgenoteerde vennootschap Uni-Invest NV [verweerders] verlaten. [Eiseressen] stelt dat deze aanspraak haar (rechtstreekse) grondslag vindt in de vaststellingsovereenkomst, hetgeen door [verweerders] wordt weersproken.

1.3. In cassatie wordt in essentie geklaagd over de wijze van toepassing door het hof van de Haviltex-maatstaf en wordt het hof verweten aan een aantal essentiële stellingen van [eiseressen] voorbij te zijn gegaan. Daarnaast wordt geklaagd over het passeren van een bewijsaanbod.

1.4. Het voorwaardelijk incidenteel ingestelde cassatiemiddel strekt er slechts toe veilig te stellen dat indien de Hoge Raad tot vernietiging en verwijzing beslist, de reconventionele vordering van [verweerders] alsnog in de rechterlijke oordeelsvorming wordt betrokken.

### **2. Feiten(1)**

2.1. Uni-Invest NV is een aan de Amsterdamse Effectenbeurs (later: Euronext Amsterdam) genoteerde vennootschap.

2.2. In 1991 is de financiële situatie van Uni-Invest slecht. In augustus/september van dat jaar koopt [verweerders] via Vebemij Vastgoed BV (thans genaamd: Uni-Invest Holdings (NL) BV) - verweerster in het principaal cassatieberoep, tevens eiseres in het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep sub 3 - 297.730 aandelen Uni-Invest voor een prijs van ? 29,- per aandeel. Tegelijkertijd verwerft [verweerders] via [B] BV (thans genaamd: Uni-Invest Prioriteit BV) - verweerster in het principaal cassatieberoep, tevens eiseres in het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep sub 2 - alle prioriteitsaandelen in Uni-Invest, waarvoor de nominale waarde wordt betaald.

2.3. In 1991 is wijlen [betrokkene 3] ??n van de financiers van Uni-Invest. [Betrokkene 3] heeft via de Stichting Levend Water, enig aandeelhouder van Levend Water NV, hypothecaire leningen aan Uni-Invest verstrekt.

2.4. Op 25 november 1991 worden tussen [verweerder 1] - verweerder in het principaal cassatieberoep, tevens eiser in het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep sub 1 - en [betrokkene 3] voornoemd in het kader van een beklonken reddingsoperatie ten behoeve van Uni-Invest 300.500 aandelen Uni-Invest aan Levend Water geleverd voor een prijs van eveneens ? 29,- per aandeel, waarna de belangen van [verweerders] (via Vebemij Vastgoed BV) en [eiseressen] (via Levend Water) in het kapitaal van Uni-Invest materieel met elkaar overeenstemmen. Betaling van de aandelen door Levend Water vindt nagenoeg geheel plaats door middel van verrekening met de verstrekte hypothecaire leningen. De overeenkomst van de aandelenoverdracht van 25 november 1991, die wordt geacht te zijn geëffectueerd op 20 september 1991, bevat onder meer de volgende bepaling(2):

'5. [B] heeft in eigendom de rechten op de prioriteitsaandelen in het kapitaal van Uni Invest. [B] verplicht zich jegens Levend Water, en garandeert zulks, dat de

rechten uit hoofde van de prioriteitsaandelen niet zullen worden uitgeoefend dan nadat met Levend Water overeenstemming is bereikt.'

2.5. Het restant van de leningen tussen [eiseressen] en Uni-Invest wordt omgezet in aandelen Uni-Invest voor een koers van ? 21,- per aandeel. Daarnaast verstrekt [eiseressen] op 1 februari 1992 een converteerbare lening van ? 22.000.000,- aan Uni-Invest. Voorts koopt [eiseressen] nog voor aanzienlijke bedragen nieuw uitgegeven aandelen Uni-Invest.

2.6. Ook buiten Uni-Invest gaan [verweerders] en [eiseressen] in andere onroerend goed ondernemingen samenwerken.

2.7. Blijkens notariële akte van 2 september 1992 verkrijgt [eiseressen] - via Dover Trustco NV - formeel 48,75% (materieel 50%) van de aandelen in [B] BV, welke vennootschap houder is van alle prioriteitsaandelen van Uni-Invest.

2.8. Vervolgens worden deze aandelen (formeel 48,75%; materieel 50%) in [B] BV door Dover Trustco NV verkocht en geleverd - via [C] (NL) Limited - aan [verweerders]. Blijkens een notariële akte van 9 december 1994 worden 7.000 gewone aandelen van de totaal 48.000 aandelen in [B] BV door Dover Trustco NV geleverd aan [C] (NL) Limited. Daarmee is [verweerders] op 9 december 1994 houder geworden van alle (48.000) gewone aandelen in [B] BV.

2.9. Tussen [verweerders] en [eiseressen] ontstaan veel geschillen en vanaf de herfst van 1994 worden tal van procedures aanhangig gemaakt. In april 1996 vraagt [eiseressen] het faillissement aan van Vebemij Vastgoed BV (thans dus Uni-Invest Holdings (NL) BV), omdat een schuld van Vebemij Vastgoed BV aan Dover Trustco NV niet is voldaan. Op 23 april 1996 vinden - vlak voor de behandeling van de faillissementsaanvraag - schikkingsonderhandelingen tussen [verweerders] en [eiseressen] plaats over de tussen hen gerezen geschillen. Dit resulteert in een vaststellingsovereenkomst van 24 april 1996. In deze vaststellingsovereenkomst(3) is de volgende bepaling opgenomen:

'8a. Indien de prioriteitsaandelen Uni-Invest NV [verweerders] zullen verlaten, zal [verweerders] ten behoeve van [eiseressen] bedingen dat de verkrijger een bod doet op alle aandelen Uni-Invest NV die [eiseressen] op dat moment direkt of indirekt in haar bezit heeft voor een prijs die gelijk is aan de prijs waarvoor de verkrijger gewone aandelen Uni-Invest NV van [verweerders] verwerft. [Eiseressen] doet afstand van haar recht op levering van 49% van de aandelen in [B] BV.'

2.10. In een fax van 3 april 1997 schrijft de raadsman van [eiseressen] aan [verweerders]:

'Art. 8a van de vaststellingsovereenkomst bevat de bepaling dat (...). Aan deze bepaling ligt de gedachte ten grondslag dat een verkrijger een hogere prijs over zal hebben voor de aandelenpakketten van [verweerders] en [eiseressen] indien hij tegelijkertijd de prioriteitsaandelen verkrijgt en dat die meerwaarde pro rata parte ten goede behoort te komen aan [eiseressen]. Uitgangspunt daarbij is geweest dat aan de prioriteitsaandelen

als zodanig de nominale waarde werd toegekend. Op die voorwaarde was cli?nte bereid afstand te doen van haar recht op levering van 49% van de aandelen in [B] BV, zoals dan ook aan het slot van art. 8a van de vaststellingsovereenkomst is bepaald.'

2.11. Namens [verweerders] schrijft [betrokkene 4] in een fax van 11 april 1997 als reactie hierop:

'Het is een misverstand dat [eiseressen] zal meedelen in een meerwaarde die bereikt wordt bij de verkoop van de aandelen Uni-Invest Prioriteit B.V. Dit staat nergens in de vaststellingsovereenkomst en is ook nooit overeengekomen. Voor de duidelijkheid geef ik nog eens aan dat het enige wat overeengekomen is, is dat [eiseressen], onder bepaalde voorwaarden, gebruik zou kunnen maken van een bod van een derde op aandelen Uni-Invest N.V.

De vaststellingsovereenkomst is een contract waarin staat aangegeven dat [eiseressen] voor de ooit door haar ge?nvesteerde 60 miljoen gulden een bedrag van 72 miljoen gulden terug krijgt en dat daarmee alle belangen zijn gescheiden.'

2.12. Op 2 september 1997 wordt een overeenkomst getekend tussen [verweerders] en [eiseressen] waarin zij aan elkaar kwijting verlenen voor het grootste deel van de inhoud van de vaststellingsovereenkomst. Voor artikel 8a wordt geen kwijting verleend. Het artikel wordt onveranderd opnieuw in deze overeenkomst opgenomen.

2.13. Op 22 september 2000 kondigen Uni-Invest en Vastned Offices/Industrial NV aan te gaan fuseren, waarbij [verweerders] (in)direct de prioriteitsaandelen zal gaan verkopen.

2.14. Ten overstaan van de president van de rechtbank te Amsterdam vond op 19 oktober 2000 een mondelinge behandeling plaats inzake het verzoek van [eiseressen] tot het leggen van conservatoir beslag ten laste van Uni-Invest Prioriteit (op de prioriteitsaandelen Uni-Invest). Blijkens beschikking van 23 oktober 2000 is het verzoek door de president geweigerd. [Eiseressen] is van die beschikking in hoger beroep gegaan.

2.15. Uit een door [betrokkene 1 en 2] voor akkoord getekende fax van 4 december 2000 blijkt dat zij hebben meegedeeld dat zij geen rechten meer zullen ontlenen aan de vaststellingsovereenkomst van 24 april 1996.

2.16. De in art. 8a van de vaststellingsovereenkomst beschreven situatie heeft zich thans voorgedaan. Een consortium van investeerders onder leiding van [D] heeft een openbaar bod uitgebracht op alle gewone aandelen Uni-Invest. Tevens koopt dit consortium van [verweerders] de prioriteitsaandelen.

### 3. Procesverloop

3.1. Bij inleidende dagvaardingen van 17 en 23 juli 2001 heeft [eiseressen] [verweerders] gedagvaard voor de arrondissementsrechtbank te Zwolle en daarbij - na vermeerdering van eis - gevorderd, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

1. voor recht te verklaren dat art. 8a van de vaststellingsovereenkomst zo moet worden uitgelegd dat bij vervreemding van de prioriteitsaandelen in Uni-Invest door [verweerders] - ongeacht op welke wijze dit ge-

schiedt, door vervreemding, direct of indirect, van de rechtspersoon die de prioriteitsaandelen in Uni-Invest houdt, of anderszins - de 'control premium', waaronder te verstaan de waarde die de aan de prioriteitsaandelen in Uni-Invest verbonden zeggenschapsrechten boven de nominale waarde van die aandelen vertegenwoordigen, hoe deze ook wordt gerealiseerd, voor de helft aan [eiseressen] toekomt, althans de gevolgen van art. 8a in dier voege te wijzen, althans te verklaren voor recht dat [verweerders] jegens [eiseressen] verplicht is tot vergoeding van de schade die [eiseressen] lijdt doordat [verweerders] haar verplichting tot levering van 50%, althans 48,75% van de aandelen in Uni-Invest Prioriteit aan [eiseressen] niet nakomt;

2. [verweerders] te veroordelen, hoofdelijk, des dat de een betalende de anderen zullen zijn bevrijd, om tegen behoorlijk bewijs van kwijting aan [eiseressen] de bovenbedoelde schade te vergoeden, nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet;

3. [verweerders] te veroordelen, hoofdelijk, des dat de een betalende de anderen zullen zijn bevrijd, om tegen behoorlijk bewijs van kwijting aan [eiseressen] als voorschot op de schade een bedrag te betalen van ? 10.962.682,-, vermeerderd met de wettelijke rente.

3.2. Aan haar vorderingen heeft [eiseressen] ten grondslag gelegd dat [verweerders] de 'control premium' op grond van art. 8a van de vaststellingsovereenkomst, zonodig met toepassing van art. 6:248 lid 1 BW, met [eiseressen] dient te delen. Subsidiar heeft [eiseressen] een beroep gedaan op onvoorziene omstandigheden in de zin van art. 6:258 BW.

3.3. Na een in een incident gewezen tussenvonnissen van 31 oktober 2001(4) heeft [verweerders](5) de vordering van [eiseressen] bestreden en in reconventie gevorderd voor recht te verklaren dat [eiseressen], als gevolg van de door [betrokkene 1 en 2] op 4 december 2000 getekende verklaringen, geen rechten op grond van art. 8a van de vaststellingsovereenkomst van 24 april 1996 kan ontlenen aan de rechten die hebben toebehoord aan [betrokkene 1 en 2] en die v??r de afstandverklaring jegens [verweerders] geldend gemaakt konden worden.

3.4. [Eiseressen] heeft de reconventionele eis weersproken.

3.5. Na verdere conclusiewisseling en pleidooien heeft de rechtbank Zwolle-Lelystad op 5 maart 2003 vonnis gewezen. De rechtbank heeft in conventie [eiseressen] in haar vordering tegen de Uni-Invest vennootschappen en tegen Vigor Beheer niet-ontvankelijk verklaard, op de grond dat zij reeds v??r het openbaar bod van [D] waren uitgetreden uit [verweerders]. Jegens de overige leden van [verweerders] heeft de rechtbank de gevorderde verklaring voor recht toegewezen en het geding, voor wat betreft de schade, verwezen naar een schadestaatsprocedure en [verweerders] voorts veroordeeld aan [eiseressen] een bedrag te betalen van ? 8.000.000, vermeerderd met de wettelijke rente, als voorschot op de te vergoeden schade.

.6. In reconventie heeft de rechtbank de Uni-Invest vennootschappen niet-ontvankelijk verklaard in hun vorderingen tegen [eiseressen] en de vorderingen van de overige leden van [verweerders] afgewezen.

3.7. Bij exploit van 28 mei 2003 is [verweerders](6) bij het gerechtshof te Arnhem in hoger beroep gekomen van het vonnis van de rechtbank van 5 maart 2003. [Eiseressen] heeft het hoger beroep weersproken.

3.8. [Eiseressen] heeft bij exploit van 4 juni 2003, met dagvaarding van de Uni-Invest vennootschappen en Vigor Beheer, eveneens hoger beroep ingesteld tegen het vonnis van de rechtbank.

3.9. Na een tussenarrest van 13 april 2004, waarbij het hof de door de Uni-Invest vennootschappen gevorderde voeging van de beide zaken in hoger beroep heeft gelast, hebben de Uni-Invest vennootschappen het hoger beroep van [eiseressen] bestreden en incidenteel hoger beroep ingesteld. In dit incidentele beroep hebben zij verwezen naar de grieven van de overige leden van [verweerders]. [Eiseressen] heeft op haar beurt verwezen naar het tegen die grieven gevoerde verweer. Vigor Beheer is in het hoger beroep niet verschenen.

3.10. Na pleidooien heeft het hof bij arrest van 28 juni 2005(7) zowel het in conventie als het in reconventie tussen partijen gewezen vonnis, waarvan beroep, vernietigd en opnieuw rechtdoende, in conventie de vorderingen van [eiseressen] afgewezen en in reconventie geoordeeld dat [verweerders] geen belang bij zijn vordering meer heeft. Het hof overwoog ten deze:

'4.2. Centraal in het tussen [verweerders] en [eiseressen] bestaande geschil staat de volgende bepaling in de tussen partijen op 24 april 1996 gesloten vaststellingsovereenkomst:

"8.a. Indien de prioriteitsaandelen Uni-Invest NV [verweerders] zullen verlaten, zal [verweerders] ten behoeve van [eiseressen] bedingen dat de verkrijger een bod doet op alle aandelen Uni-Invest NV die [eiseressen] op dat moment direct of indirect in haar bezit heeft voor een prijs die gelijk is aan de prijs waarvoor de verkrijger gewone aandelen Uni-Invest NV van [verweerders] verwerft. [Eiseressen] doet afstand van haar recht op levering van 49% van de aandelen in [B] BV."

De vraag waar het, kort samengevat, om gaat is of uit deze bepaling volgt dat [eiseressen] recht heeft op de helft van de door [verweerders] bij verkoop van de prioriteitsaandelen gerealiseerde (meer)waarde, die zijn grond vindt in de zeggenschap die de houder van de prioriteitsaandelen in de vennootschap heeft, de zogenaamde "control premium".

(...)

4.5. Het hof stelt voorop dat het voor de vraag hoe in een schriftelijk contract de verhouding van partijen is geregeld aankomt op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan de bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten, waarbij van belang kan zijn tot welke maatschappelijke kringen partijen behoren en welke rechtskennis van zodanige partijen kan worden verwacht (vgl. HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635). Daarbij zijn telkens van beslissende betekenis alle concrete omstandigheden van het geval, gewaardeerd naar hetgeen de maatstaven van redelijkheid en billijkheid meebrengen. Dit betekent onder meer dat de uitleg van een schriftelijk contract

niet dient plaats te vinden op grond van alleen maar de taalkundige betekenis van de bewoordingen waarin het is gesteld. In praktisch opzicht is de taalkundige betekenis die deze bewoordingen, gelezen in de context van dat geschrift als geheel, in (de desbetreffende kring van) het maatschappelijk verkeer normaal gesproken hebben, bij de uitleg van dat geschrift echter vaak wel van groot belang (vgl. HR 20 februari 2004, RvdW 2004, 34 [NJ 2005/493 (Pensioenfonds DSM/Fox); toev. A-G]).

4.6. In dit verband overweegt het hof allereerst dat uit de tekst van artikel 8a niet rechtstreeks volgt dat [eiseressen] recht heeft op de helft van de control premium bij verkoop door [verweerders] van de prioriteitsaandelen Uni-Invest. In de bewoordingen van deze bepaling is dit recht naast de zogenaamde "tag along"-verplichting van [verweerders] niet met zoveel woorden opgenomen. [Eiseressen] doet, integendeel, blijkens het slot van die bepaling afstand van haar recht op levering van 49% van de aandelen in [B] B.V. - de vennootschap die (op dat moment) de prioriteitsaandelen Uni-Invest hield -, waarbij evenmin met zoveel woorden is bepaald dat voor [eiseressen] als tegenprestatie een recht op de helft van de control premium bij verkoop van de prioriteitsaandelen door [verweerders] ontstaat.

4.7. Aan een taalkundige uitleg van artikel 8a komt in het onderhavige geval in beginsel veel betekenis toe omdat het gaat om een beding in een overeenkomst als bedoeld in artikel 7:900 lid 1 BW - een vaststellingsovereenkomst - die is aangegaan tussen twee gelijkwaardig te achten professionele partijen - ondernemers uit het zakenleven - en die betrekking heeft op een zuiver commerciële transactie. Bovendien staat vast dat beide partijen bij hun onderlinge transacties vanaf het begin (1991) tot en met het aangaan van de vaststellingsovereenkomst (24 april 1996) en daarna zijn bijgestaan door - naar tussen hen onbetwist is - deskundige raadslieden, en dat het concept van de vaststellingsovereenkomst is geredigeerd door de advocaat van [eiseressen], die zich voor het door haar gepretendeerde recht met name op artikel 8a van juist die overeenkomst beroept.

4.8. Niettemin bestaat aanleiding om af te wijken van de in redelijkheid niet mis te verstane bewoordingen van (artikel 8a van) de vaststellingsovereenkomst voor zover [eiseressen] gemotiveerd stelt en, zonodig, bewijst dat, gelet op de omstandigheden van het onderhavige geval, aan die bewoordingen een afwijkende betekenis toekomt.

4.9. In dit verband heeft [eiseressen] zich met name beroepen op de context waarin het beding moet worden gelezen, en in het kader daarvan op de totstandkomingsgeschiedenis van de vaststellingsovereenkomst en de onderhavige bepaling.'

[4.10 en 4.11: weergave van stellingen van [eiseressen] resp. [verweerders].]

4.12. Het hof acht de door [eiseressen] geponeerde stellingen, in het licht van het door [verweerders] daartegen gevoerde verweer, onvoldoende voor de conclusie dat uit artikel 8a van de vaststellingsovereen-

komst volgt - anders dan een taalkundige uitleg van die bepaling meebrengt - dat [eiseressen] recht heeft op de helft van de door [verweerders] bij verkoop van de prioriteitsaandelen gerealiseerde (meer)waarde.

4.13. Cruciaal voor het betoog van [eiseressen] is of de rechten die - naar tussen partijen vaststaat - voor haar in elk geval op zeker moment ten aanzien van de prioriteitsaandelen zijn ontstaan, in 1991 (zoals zij stelt) in het kader van de herkapitalisatie van Uni-Invest of in 1992 (zoals [verweerders] stelt) in het kader van de joint venture-overeenkomst tot stand zijn gekomen. In dit verband heeft [eiseressen] zich met name beroepen op artikel 5 van de overeenkomst van 25 november 1991. Uit het laatste deel van de tekst van deze bepaling kan, zoals zij wel wil, de door haar voorgestane uitleg echter geenszins worden afgeleid, terwijl het eerste deel van die bepaling geen misverstand laat bestaan omtrent de vraag wie (op dat moment) recht heeft op de prioriteitsaandelen:

"[B] heeft in eigendom de rechten op de prioriteitsaandelen in het kapitaal van Uni-Invest (...)"

Deze uitleg van artikel 5 is in overeenstemming met de considerans van deze overeenkomst, waarin (slechts) tot uitdrukking wordt gebracht

"dat Levend Water [[eiseressen]: toev. hof] in eigendom wenst te verwerven, 300.500 (driehonderdduizend vijfhonderd) aandelen in het kapitaal van Uni Invest, al welke aandelen aan toonder luiden en nominaal groot zijn ? 50,- (vijftig gulden)",

en waarin dus met geen woord wordt gerept over de verkrijging van enigerlei prioriteitsaandelen Uni-Invest. [Eiseressen] heeft op dit punt bovendien geen voldoende concreet en gespecificeerd bewijsaanbod gedaan.

4.14. Voor zover [eiseressen] in dit verband meer in het algemeen heeft betoogd dat uit de omstandigheden zoals die bestonden in 1991 moet worden afgeleid dat zij op dat moment rechten op de prioriteitsaandelen heeft verkregen - omdat voor zich spreekt dat zij niet bereid was om de aanzienlijke investeringen in 1991 te doen zonder reële tegenprestatie van de kant van [verweerders] in die zin dat de rechten verbonden aan de prioriteitsaandelen Uni-Invest door [verweerders] met haar zouden worden gedeeld -, verwerpt het hof dit betoog eveneens. [Eiseressen] heeft immers de stelling van [verweerders] dat Uni-Invest in 1991 kon volstaan met het aanbod aan [eiseressen] om haar oninbare leningen om te zetten in (uitsluitend) gewone aandelen Uni-Invest, omdat [eiseressen] als crediteur van Uni-Invest niet veel te kiezen had, onvoldoende weersproken. Dat [eiseressen] in het kader van de herkapitalisatie van Uni-Invest in 1991 geen rechten op de prioriteitsaandelen heeft verworven, blijkt eveneens uit de brief van Uni-Invest aan Levend Water van 23 september 1991 (productie 40 bij akte overlegging producties tevens akte houdende vermeerdering van eis in conventie van [eiseressen] in eerste aanleg).

4.15. Voorts is voor het betoog van [eiseressen] cruciaal of door ontbinding van de joint venture-overeenkomst in 1996 ook de samenwerking ten aanzien van Uni-Invest is geïndigd. Nu met het voorgaande vaststaat dat [eiseressen] haar rechten ten

aanzien van de prioriteitsaandelen niet heeft verkregen in 1991 in het kader van de herkapitalisatie van Uni-Invest, maar in 1992 in het kader van (het aangaan van) de joint venture-overeenkomst, moet in beginsel worden aangenomen dat door ontbinding van de joint venture en de overeenkomsten die tot uitvoering daarvan zijn gesloten, door [eiseressen] bij brief van 13 maart 1996 ook de aanspraken op de prioriteitsaandelen zijn komen te vervallen, tenzij - zoals [eiseressen] heeft gesteld - door de ontbinding van de joint venture niet de samenwerking ten aanzien van Uni-Invest is geïndigd.

4.16. Te dier zake geldt in de eerste plaats dat in de brief van 13 maart 1996 niet wordt gesteld dat met betrekking tot het eindigen van de samenwerking een uitzondering dient te worden gemaakt ten aanzien van Uni-Invest. Voorts geldt dat blijkens de brief - waarbij door [eiseressen] de joint venture-overeenkomst werd ontbonden - en blijkens de considerans (sub e) van de vaststellingsovereenkomst met de ontbinding van de joint venture-overeenkomst tevens het zogenaamde Protocol van Afspraken van 30 september 1993 is ontbonden. Nu blijkens artikel 13 daarvan dit protocol in elk geval (al dan niet: mede) betrekking had op (de samenwerking in) Uni-Invest, volgt hieruit dat de ontbinding van de joint venture-overeenkomst mede het einde van de samenwerking ten aanzien van Uni-Invest impliceerde. Dit betekent dat de (nooit uitgevoerde) verplichting tot levering van 49% van de aandelen [B] B.V. dan ook met de ontbinding kwam te vervallen, hetgeen aan het slot van artikel 8a van de vaststellingsovereenkomst nog eens expliciet is vastgelegd. Dit slot van artikel 8a moet worden gelezen in samenhang met het slot van artikel 1 van de vaststellingsovereenkomst (een bepaling die op zijn beurt weer teruggrijpt naar de considerans van die overeenkomst onder e):

"De voormelde buitengerechtelijke ontbinding leidt tot de in deze akte omschreven ongedaanmakingsverplichtingen."

De in artikel 9 van de vaststellingsovereenkomst voorziene bevoegdheid van [eiseressen] om een commissaris voor te dragen voor de Raad van Commissarissen van Uni-Invest en [B] B.V. duidt, naar het hof gezien de context aannemelijk acht, niet zozeer op een verdere versteviging van de (voortgezette) samenwerking - het standpunt van [eiseressen] - maar veeleer - het standpunt van [verweerders] - op een poging om na het einde van de samenwerking ook ten aanzien van Uni-Invest toch nog enige invloed binnen Uni-Invest te kunnen uitoefenen. Dat [eiseressen] via de vaststellingsovereenkomst haar belang in Uni-Invest verder vergrootte impliceert, anders dan [eiseressen] heeft gesteld, evenmin dat de samenwerking tussen partijen werd voortgezet. Ook op dit punt heeft [eiseressen] bovendien geen voldoende concreet en gespecificeerd bewijsaanbod gedaan.

4.17. [Eiseressen] heeft ten slotte gesteld dat het door [verweerders] niet weersproken uitgangspunt van de partijen bij het opstellen van artikel 8a van de vaststellingsovereenkomst is geweest, dat de koopsom van de prioriteitsaandelen Uni-Invest bij verkoop daarvan aan

derden gelijk zou zijn aan de nominale waarde van die aandelen en dat de meerwaarde van die prioriteitsaandelen dan tot uitdrukking zou moeten komen in een relatief hogere prijs voor de gewone aandelen van [verweerders], dat wil zeggen hoger dan een houder van gewone aandelen Uni-Invest die geen houder is van prioriteitsaandelen bij vervreemding van zijn aandelen daarvoor zou kunnen realiseren. Omdat de "tag along"-verplichting, die eveneens besloten ligt in artikel 8a, meebrengt dat de verkrijger van de prioriteitsaandelen Uni-Invest tevens een bod dient uit te brengen zowel op de gewone aandelen van [verweerders] als op alle aandelen Uni-Invest van [eiseressen] - dit laatste voor een prijs die gelijk is aan de prijs waarvoor die verkrijger de gewone aandelen van [verweerders] zou verwerven - zou aldus de helft van de control premium aan [eiseressen] toevallen (zie onder meer dagvaarding onder 25, conclusie van repliek onder 21 en pleitnota onder 16 van [eiseressen] in eerste aanleg, en memorie van antwoord in het incidenteel app<sup>1</sup> onder 48 en pleitnota onder 17 van [eiseressen] in hoger beroep).

4.18. Onjuist is allereerst, zoals [eiseressen] stelt, dat dit uitgangspunt niet door [verweerders] is weersproken (zie conclusie van antwoord tevens houdende conclusie van eis in reconventie onder 35, memorie van grieven onder 77 en 78 en pleitnota in hoger beroep onder 53-55 van [verweerders]). Voorts overweegt het hof hieromtrent dat, juist gelet op het door [verweerders] met name in eerste aanleg gevoerde verweer, [eiseressen] haar stellingen op dit punt onvoldoende nader heeft onderbouwd, zodat het hof deze passeert. Dit betekent dat voor zover het betoog van [eiseressen] is gebaseerd op de hierboven in 4.17 genoemde stellingen, dit betoog faalt.

4.19. De conclusie is dat in artikel 8a van de vaststellingsovereenkomst slechts een voorwaardelijk "tag along"-recht voor [eiseressen] is vastgelegd, een recht dat beoogt te verzekeren - anders dan in geval van een openbaar bod op alle aandelen Uni-Invest - dat [eiseressen], als [verweerders] zowel haar prioriteitsaandelen als haar gewone aandelen in Uni-Invest gaat vervreemden, haar gewone aandelen Uni-Invest tegen dezelfde prijs kan verkopen als [verweerders] in dat geval voor haar gewone aandelen Uni-Invest realiseert.

4.20. Voor zover [eiseressen] subsidiair een beroep heeft gedaan op artikel 6:258 lid 1 BW verwerpt het hof dit betoog, reeds omdat in het onderhavige geval niet is voldaan aan het vereiste dat sprake moet zijn van onvoorziene omstandigheden. Uit het voorgaande volgt immers dat artikel 8a van de vaststellingsovereenkomst zo moet worden uitgelegd dat partijen bij totstandkoming van daarvan niet zijn overeengekomen dat [eiseressen] bij verkoop daarvan door [verweerders] op welke wijze dan ook recht zou hebben op (de helft van) de (meer)waarde van de prioriteitsaandelen, zodat zich te dezen geen omstandigheden voordoen, ingetreden na het sluiten van de overeenkomst, die partijen niet (uitdrukkelijk of stilzwijgend) in hun overeenkomst hebben verdisconteerd. Dat [eiseressen] thans, achteraf, alsnog een recht wil creëren ten aanzien van de

(meer)waarde van de prioriteits aandelen, kan derhalve, mede gelet op de aard van de overeenkomst, niet als een onvoorzien omstandigheid worden aangemerkt.

[...]

4.22. Nu [eiseressen] voor het overige geen stellingen heeft geponeerd die, indien bewezen, tot een ander oordeel zouden kunnen leiden, zal haar bewijsaanbod - dat op zichzelf al weinig is gespecificeerd - worden gepasseerd.'

3.11. [Eiseressen] heeft tegen het arrest van het hof - tijdig(8) - beroep in cassatie ingesteld.

3.12. [Verweerders] heeft geconcludeerd tot verwerping van het beroep en tevens voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep ingesteld. [Eiseressen] heeft geconcludeerd tot verwerping van het voorwaardelijk incidentele cassatieberoep. Beide partijen hebben de zaak schriftelijk doen toelichten, waarna namens [verweerders] nog is geduplicateerd. Vigor Beheer is in cassatie niet verschenen.

#### **4. Bespreking van het principale cassatiemiddel**

##### **A. Enige inleidende opmerkingen**

4.1. In geschil is de uitleg van art. 8a van de tussen partijen gesloten vaststellingsovereenkomst. [Eiseressen] stelt op grond van die bepaling recht te hebben op de helft van de aan de prioriteits aandelen verbonden meerwaarde bij gelijktijdige verkoop van de prioriteits aandelen en de gewone aandelen van [verweerders]. [Verweerders] meent echter dat die bepaling slechts een 'tag along-verplichting' inhoudt en [verweerders] verplicht, bij verkoop van zowel haar prioriteits aandelen als haar gewone aandelen, ervoor zorg te dragen dat de verkrijger van haar pakket ook de gewone aandelen van [eiseressen] koopt tegen dezelfde prijs die [verweerders] voor haar gewone aandelen realiseert.

4.2. De uitleg van een overeenkomst dient plaats te vinden aan de hand van de Haviltexnorm(9), waarbij uitgangspunt is dat een zuiver taalkundige uitleg van de bepalingen van een contract alleen niet bepalend is, maar bij de uitleg van een contractsbepaling aankomt op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs daaraan mochten toekennen en wat zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Daarbij moet rekening worden gehouden met alle bijzondere omstandigheden van het gegeven geval.

4.3. Voor overeenkomsten die naar hun aard bestemd zijn de rechtspositie van een grote groep derden te beïnvloeden, is de in de rechtspraak ontwikkelde CAO-norm aangewezen, die tot een objectieve uitleg noopt. De Haviltexnorm en de CAO-norm zijn geen tegenovergestelde uitlegnormen, maar gaan vloeiend in elkaar over. Gemeenschappelijke grondslag van de beide normen is dat bij de uitleg van een schriftelijk contract telkens van beslissende betekenis zijn alle omstandigheden van het concrete geval, gewaardeerd naar hetgeen de maatstaven van redelijkheid en billijkheid meebrengen(10). Deze open uitlegnorm handhaaft het belang van verschillende gezichtspunten bij de uitleg van een contractsbepaling, in welk verband in de literatuur de tekst en context van de bepaling, de totstandkomingsgeschiedenis, het gebruik van de bepa-

ling door partijen en de hoedanigheid en deskundigheid van partijen alsmede de aard van de overeenkomst worden genoemd(11).

4.4. Hoewel de tekst van de bepaling een eerste aanknopingspunt is bij de interpretatie en uitleg daarvan, ligt aan zowel de CAO-norm als de Haviltexnorm de gedachte ten grondslag dat de uitleg van een schriftelijk contract niet dient plaats te vinden aan de hand van alleen maar de taalkundige betekenis van de bewoordingen waarin het is gesteld. Toch is in praktisch opzicht de taalkundige betekenis die de bewoordingen, gelezen in de context van dat geschrift als geheel, in (de desbetreffende kring van) het maatschappelijk verkeer normaal gesproken hebben, bij de uitleg van dat geschrift vaak wel van groot belang(12).

4.5. In een recent arrest (HR 19 januari 2007, nr. C05/266HR, LJN AZ3178, JIN 2007, 114, Meyer Europe/PontMeyer), gewezen na het uitbrengen van de cassatiedagvaarding, heeft de Hoge Raad het gewicht van de taalkundige betekenis van de bewoordingen voor bepaalde gevallen nader onderstreept. In rov. 3.4.3 van dit arrest werd over een klacht omtrent miskenning van de Haviltex-maatstaf overwogen:

'3.4.3 Deze klacht faalt. Het hof heeft met zijn hiervoor in 3.4.1 samengevatte overwegingen tot uitdrukking gebracht dat voor het antwoord op de vraag welke zin partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs mochten toekennen aan de omstreden woorden in art. 8 onder b, SPA en wat zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten, in de door het hof in rov. 8.1 genoemde omstandigheden, waaronder de aard van de transactie, de omvang en gedetailleerdheid van het contract, de wijze van totstandkoming ervan en in het bijzonder de hierboven onder 3.3.3 (d) geciteerde "entire agreement clause" van art. 17.5 SPA, als uitgangspunt beslissend gewicht dient te worden toegekend aan de meest voor de hand liggende taalkundige betekenis van die woorden, gelezen in het licht van de overige, voor de uitleg relevante bepalingen van de SPA.

Een en ander geeft niet blijk van een onjuiste opvatting aangaande de wijze waarop in een zaak als deze de Haviltex-maatstaf dient te worden toegepast. Het stond het hof in dat verband vrij, gelijk het kennelijk heeft gedaan, vooralsnog zonder een inhoudelijke beoordeling van de door Meyer Europe aangevoerde, hiervoor onder 3.4.2 (ii) en (iii) samengevatte, stellingen, te komen tot een - voor, zoals hierna zal blijken, tegenbewijs door Meyer Europe vatbaar - oordeel aangaande de uitleg van art. 8 onder b en die stellingen, gelijk het blijkt rov. 9 heeft gedaan, te beoordelen in het kader van het door Meyer Europe te leveren tegenbewijs.'

4.6. Alvorens (in nr. 4.10 e.v.) nader in te gaan op de aldus verfijnde uitlegnorm, sta ik stil bij toepasselijkheidsvoorwaarden daarvoor.

De aard van de transactie in de Meyer Europe/PontMeyer-zaak was blijkens rov. 3.1 van het arrest van de Hoge Raad de verkoop en levering van alle aandelen in een BV door een alleen-aandeelhoudster aan een wederpartij (WPH). Omtrent de omvang en gedetailleerdheid van het contract en de wijze van

totstandkoming ervan blijkt uit rov. 8.1 in verbinding met rov. 2.1 van 's hofs arrest dat de inhoud ervan tot stand is gekomen na intensieve onderhandelingen waarin beide partijen zich lieten bijstaan door ter zake kundige personen, waaronder gespecialiseerde advocaten. Er zijn verscheidene - door de advocaten van WPH opgestelde - concepten van de SPA geweest. In de opvolgende versies is steeds duidelijk aangegeven welke tekstwijzigingen er waren ten opzichte van de vorige versie.

4.7. Zoals uit de aangehaalde rov. 3.4.3 blijkt, behelst de overeenkomst ook een 'entire agreement clause'(13), en vestigt de Hoge Raad daarop 'in het bijzonder' de aandacht. In de literatuur is nu al gespeculeerd over de vraag over het gewicht hiervan in het geheel van rov. 3.4.3. Met C.E. Drion en E. van Wechem(14) houd ik het op een relatief gewicht, in die zin dat de 'entire agreement clause' een factor kan zijn bij de vraag in hoeverre de onderhandelingsgeschiedenis een rol mag spelen bij de uitleg. Ook in ander opzicht lijkt mij een relatief gewicht aannemelijk. In het arrest Meyer Europe/PontMeyer is de aanwezigheid van een 'entire agreement clause' een (aanzienlijk) versterkend gegeven, maar dat het voor de uitlegbenadering overeenkomstig dit arrest een noodzakelijk vereiste zou zijn, is daarmee m.i. niet gezegd. Ook uit de andere genoemde omstandigheden ('aard van de transactie, de omvang en gedetailleerdheid van het contract, de wijze van totstandkoming ervan') laat zich immers de wens van partijen tot 'vastigheid' van het (uiteindelijk) getekende papieren document afleiden, wellicht m??r nog dan uit een (ook wel eens sjabloonmatige?) 'entire agreement clause'(15).

4.8. In de geest van het bovenstaande kan m.i. tenminste een net zo belangrijke rol als een 'entire agreement clause' spelen, het geval dat er sprake is van een (explíciete, schriftelijke) vaststellingsovereenkomst.(16) Een vaststellingsovereenkomst is immers, naar zijn aard en naar de wettelijke omschrijving van art. 7:900 BW, een overeenkomst waarbij 'partijen ter be?indiging of ter voorkoming van onzekerheid of geschil omtrent hetgeen tussen hen rechtens geldt, zich jegens elkaar aan een vaststelling daarvan [binden], bestemd om ook te gelden voor zover zij van de tevoren bestaande rechtstoestand mocht afwijken.' Een wens naar zekerheid en naar afscheid van onzekerheid staat voorop.

4.9. In de hierboven al geciteerde rov. 4.7 van het thans bestreden arrest heeft het hof onder meer - in cassatie onbestreden - overwogen dat het in casu '[...] gaat om een beding in een overeenkomst als bedoeld in artikel 7:900 lid 1 BW - een vaststellingsovereenkomst - die is aangegaan tussen twee gelijkwaardig te achten professionele partijen - ondernemers uit het zakenleven - en die betrekking heeft op een zuiver commerci?le transactie. Bovendien staat vast dat beide partijen bij hun onderlinge transacties vanaf het begin (1991) tot en met het aangaan van de vaststellingsovereenkomst (24 april 1996) en daarna zijn bijgestaan door - naar tussen hen onbetwist is - deskundige raadslieden, en dat het concept van de vaststellingsovereenkomst is geredigeerd door de advocaat

van [eiseressen], die zich voor het door haar gepretendeerde recht met name op artikel 8a van juist die overeenkomst beroept.'

Deze feitelijke vaststelling laat zich m.i. op ??n lijn stellen met de feitelijke situatie die de Hoge Raad in rov. 3.4.3 van het arrest Meyer Europe/PontMeyer tot uitgangspunt nam.

4.10. Van de toepasselijkheidsvoorwaarden keer ik terug naar de dan toepasselijke uitlegnorm van het arrest Meyer Europe/Pont Meyer. Als uitgangspunt mag beslissend gewicht worden toegekend aan de meest voor de hand liggende taalkundige betekenis van die woorden, gelezen in het licht van de overige, voor de uitleg relevante bepalingen van de overeenkomst. De feitenrechter mag, vooralsnog zonder een inhoudelijke beoordeling van de door een der partijen aangevoerde stellingen omtrent de totstandkomingsgeschiedenis en een andere partij(en)bedoeling komen tot een - voor tegenbewijs vatbaar - oordeel aangaande de uitleg van de omstreden bepaling en die stellingen beoordelen in het kader van het te leveren tegenbewijs.

4.11. Het arrest lijkt aan te sluiten bij in de literatuur geuite wensen(17). In de woorden van Tjittes: redelijkerwijs duidelijke bewoordingen van een contractsbepaling kunnen leiden tot een bewijsvermoeden dat de contractsbepaling de inhoud heeft van de daarin gestelde bewoordingen(18).

Ondertussen is in rov. 3.4.3 van het arrest Meyer Europe/PontMeyer ??k te lezen dat de rechter een bewijsaanbod van een (gemotiveerd gestelde) gemeenschappelijke partijbedoeling niet mag passeren. Dat sluit aan bij de jurisprudentie van uw Raad, inhoudend dat hetgeen getuigen verklaard hebben niet mag worden gepasseerd op de grond dat een tekstuele respectievelijk tekstueel redelijk geachte uitleg van de contractsbepaling wordt vooropgesteld(19).

4.12. In de hierboven al geciteerde rov. 4.8 van het thans bestreden arrest heeft het hof, in overeenstemming met het vorenstaande, overwogen:

'4.8. Niettemin bestaat aanleiding om af te wijken van de in redelijkheid niet mis te verstane bewoordingen van (artikel 8a van) de vaststellingsovereenkomst voor zover [eiseressen] gemotiveerd stelt en, zonodig, bewijst dat, gelet op de omstandigheden van het onderhavige geval, aan die bewoordingen een afwijkende betekenis toekomt.'

4.13. Het uitleggen van een contractsbepaling blijft intussen een werkzaamheid van feitelijke aard, waarbij het aankomt op een waardering van de omstandigheden van het concrete geval en is aldus voorbehouden aan de rechter die over de feiten oordeelt. In cassatie kan slechts worden getoetst of de feitenrechter bij de uitleg de juiste maatstaven heeft gehanteerd, in welk geval de beslissing in beginsel onaantastbaar is, en of het oordeel naar behoren is gemotiveerd(20). Daarbij verdient aantekening dat een door de feitenrechter gegeven uitleg van een overeenkomst niet onbegrijpelijk is enkel op de grond dat een andere uitleg evenzeer mogelijk is(21).

**4.B. De klachten van het cassatiemiddel**

4.14. Het cassatiemiddel klaagt niet dat het hof in rov. 4.7 veel betekenis heeft toegekend aan een taalkundige uitleg van art. 8a, omdat het gaat om een beding in een vaststellingsovereenkomst, die is aangegaan tussen twee gelijkwaardig te achten professionele partijen - ondernemers uit het zakenleven, bovendien bijgestaan door deskundige raadslieden - en betrekking heeft op een zuiver commerciële transactie.

Waarover niettemin wordt geklaagd, is de wijze waarop het hof de Haviltexnorm heeft toegepast. Met een groot aantal klachten wordt het hof verweten dat het, met abstrahering van alle op de context, strekking en achtergrond gerichte argumenten, een zuiver taalkundige uitleg van art. 8a tot uitgangspunt heeft genomen voor de verdere beoordeling van de stellingen van [eiseressen] en dat het, uitgaande van dat uitlegresultaat, de bewijslast voor een afwijkende betekenis ten onrechte op [eiseressen] heeft gelegd.

4.15. Onderdeel 1A bestrijdt aldus de wijze waarop het hof de Haviltex-maatstaf heeft toegepast, althans de wijze waarop het hof zijn beslissing heeft gemotiveerd, doordat het hof het resultaat van zijn zuiver taalkundige uitleg van de bewoordingen van art. 8a voorop heeft gesteld en daaraan veel betekenis heeft toegekend en [eiseressen] met de stelplicht en het bewijs van een afwijkende betekenis heeft belast zonder reeds bij die taalkundige uitleg (kenbaar) acht te slaan op de door [eiseressen] uitvoerig beargumenteerde context van art. 8a en de overige, essentiële stellingen voor het (kunnen) vaststellen van de betekenis van de bewoordingen van art. 8a.

Deze algemene klacht wordt uitgewerkt in vooreerst onderdeel 1.A.1, waarin wordt betoogd dat het hof met zijn taalkundige uitleg aan art. 8a voorbij is gegaan aan bepaalde op de context van art. 8a gebaseerde essentiële stellingen - samengevat - dat:

(i) [eiseressen] recht had op restitutie van haar belang van 48,75% (materieel 50%) in [B] BV en daarmee recht had op teruglevering van de prioriteitsaandelen;

(ii) de vaststellingsovereenkomst, afgezien van art. 8a, uitsluitend voorziet in terugbetaling door [verweerders] van door [eiseressen] verrichte investeringen buiten Uni-Invest;

(iii) art. 8a in een ten behoeve van [eiseressen] door [verweerders] van haar koper te bedingen compensatie voorziet; niet in een ongerijmde afstand om niet van de aan haar prioriteitsaandelen verbonden zeer omvangrijke (meer)waarde;

(iv) [eiseressen] niet definitief afstand heeft genomen van haar economische belang bij de prioriteitsaandelen, omdat zij krachtens de vaststellingsovereenkomst ook een recht tot benoeming van een commissaris in [B] BV verkreeg.

4.16. Na vooropstelling van de 'Haviltex-' en 'DSM/Fox'-criteria (rov. 4.5) heeft het hof overwogen dat uit de tekst van de in het geding zijnde bepaling niet rechtstreeks volgt dat [eiseressen] recht heeft op de helft van de 'control premium' bij verkoop van de prioriteitsaandelen Uni-Invest door [verweerders] en dat dit door [eiseressen] gestelde recht in de bewoordingen van deze bepaling naast de zogenaamde 'tag along'-

verplichting van [verweerders] niet met zoveel woorden is opgenomen. Integendeel, uit het slot van de betreffende bepaling doet [eiseressen] afstand van haar recht op levering van 49%(22) van de aandelen in [B] BV, waarbij evenmin met zoveel woorden is bepaald dat voor [eiseressen] als tegenprestatie een recht op de helft van de 'control premium' bij verkoop van de prioriteitsaandelen door [verweerders] ontstaat (rov. 4.6). Aan een taalkundige uitleg van art. 8a komt volgens het hof in beginsel veel betekenis toe, omdat het gaat om een beding in een - tussen twee gelijkwaardig te achten professionele partijen, ondernemers uit het zakenleven - gesloten vaststellingsovereenkomst, die betrekking heeft op een zuiver commerciële transactie, waarbij vaststaat dat beide partijen bij hun onderlinge transacties zijn bijgestaan door deskundige raadslieden en het concept van de vaststellingsovereenkomst is geredigeerd door de advocaat van [eiseressen], die zich thans op art. 8a van die overeenkomst beroept (rov. 4.7). Van de in redelijkheid niet mis te verstane bewoordingen van art. 8a van de vaststellingsovereenkomst bestaat aanleiding af te wijken voor zover aan die bewoordingen een afwijkende betekenis toekomt (rov. 4.8), in welk verband [eiseressen] zich heeft beroepen op de context, waarin het beding moet worden gelezen, en in het kader daarvan op de totstandkomingsgeschiedenis van de vaststellingsovereenkomst en de bepaling van art. 8a (rov. 4.9). Na vervolgens de stellingen van [eiseressen] en [verweerders] over en weer te hebben besproken, oordeelt het hof in rov. 4.12 dat het de door [eiseressen] geponeerde stellingen onvoldoende acht voor een van de taalkundige uitleg van die bepaling afwijkende betekenis, welk oordeel in de daaropvolgende rechtsoverwegingen nader wordt uiteengezet en toegelicht.

4.17. Door als uitgangspunt, in het licht van de in rov. 4.7 genoemde omstandigheden, in beginsel beslissend gewicht toe te kennen aan een taalkundige uitleg van art. 8a van de vaststellingsovereenkomst en af te gaan op de bewoordingen van die bepaling, zoals uiteengezet in rov. 4.6, zonder vooralsnog een inhoudelijke beoordeling te geven van de overige door [eiseressen] aangevoerde, en meer op de context gerichte, stellingen, heeft het hof niet blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting aangaande de toe te passen maatstaf. Ik verwijs naar hetgeen ik in de nrs. 4.5-4.12 heb opgemerkt naar aanleiding van HR 19 januari 2007, nr. C05/266HR, LJN AZ3178, JIN 2007, 114 (Meyer Europe/PontMeyer).

4.18. De motiveringsklachten van het onderdeel kunnen evenmin doel treffen, aangezien het hof de uitvoerig beargumenteerde context en de daarop betrekking hebbende essentiële stellingen van [eiseressen] niet over het hoofd heeft gezien, maar deze elders in zijn beoordeling heeft betrokken in het kader van de vraag of aan art. 8a een van de bewoordingen afwijkende betekenis moet worden toegekend. Wat betreft de onder (i) aangevoerde stelling heeft het hof onderkend dat [eiseressen] recht had op levering van 49% van de prioriteitsaandelen, maar overwogen dat dit recht met de ontbinding van de joint venture-overeenkomst en de

overeenkomsten die tot uitvoering daarvan zijn gesloten, is komen te vervallen (rov. 4.15-4.16). De stelling onder (ii) vindt zijn verwerping in rov. 4.16, waarin het hof heeft overwogen dat de ontbinding van de joint venture-overeenkomst mede het beïndigen van samenwerking ten aanzien van Uni-Invest impliceerde. In rov. 4.6 heeft het hof reeds overwogen dat in art. 8a niet een tegenprestatie valt te lezen op de afstand van het recht op levering van de prioriteitsaandelen en in rov. 4.19 komt het hof tot de conclusie dat de door [eiseressen] bedongen compensatie niet in art. 8a is opgenomen. Daarmee heeft het hof de onder (iii) samengevatte stelling eveneens verworpen. Op de onder (iv) samengevatte stelling is het hof in rov. 4.16 ingegaan.

4.19. Ook onderdeel 1.A.2 klaagt dat het hof bij zijn taalkundige uitleg van de bewoordingen van art. 8a ten onrechte, althans zonder toereikende motivering is voorbijgegaan aan het in de cassatiedagvaarding verwoorde complex van essentiële stellingen van [eiseressen], dat inhoudt dat:

i) als de 'control premium' in een aan [verweerders] voor haar gewone aandelen Uni-Invest te betalen verhoogde prijs zou worden verdisconteerd, er in art. 8a taalkundig staat dat [verweerders] dan van haar koper een bod moet bedingen voor de gewone aandelen van [eiseressen] tegen een gelijke verhoogde prijs, en (ii) partijen er bij het opstellen van de vaststellings-overeenkomst van uitgingen dat de prioriteitsaandelen en de gewone aandelen door [verweerders] slechts gelijktijdig zouden worden vervreemd en dat de 'control premium' dan uitsluitend door een verhoogde prijs voor de gewone aandelen zou worden betaald, welke bedoeling is geadstrueerd door erop te wijzen dat - samengevat - :

(a) het verdisconteren van de waarde van de prioriteitsaandelen in de prijs voor gelijktijdig verkochte gewone aandelen in markt gebruikelijk is;

(b) [verweerders] voor haar prioriteitsaandelen de nominale waarde heeft betaald, waarbij de 'control premium' in een hogere prijs voor de door haar verkregen gewone aandelen werd verdisconteerd;

(c) ook [eiseressen] haar belang van 49% in [B] tegen de nominale waarde heeft verkregen en dat in de gelijke prijs voor de door [eiseressen] kort daarvoor verworven gewone aandelen deze 'control premium' was verdisconteerd;

(d) de stelling van [verweerders] dat de statutaire beperking van art. 10 lid 4 van de statuten van Uni-Invest ('de koopprijs van de prioriteitsaandelen is in alle gevallen gelijk aan de waarde van die aandelen') de facto toepassing mist bij een aandeelhouder, omdat [verweerders] in feite niet als enige gerechtigd was tot de prioriteitsaandelen, niet opgaat;

(e) Marcus, die namens [verweerders] optrad, tijdens een commissarissenvergadering van Dover Trustco op 26 februari 1993, heeft verklaard dat de prioriteitsaandelen slechts op basis van de nominale waarde mogen worden verhandeld en op de balans van [B] aldus werden gewaardeerd.

4.20. Ook dit onderdeel faalt, vooreerst omdat het (wederom) miskent dat het hof in rov. 4.6 - geenszins onbegrijpelijk - heeft geoordeeld dat uit de tekst van art. 8a - en daarmee taalkundig - juist niet volgt dat [eiseressen] aanspraak maakt op de helft van de 'control premium' bij verkoop door [verweerders] van de prioriteitsaandelen in Uni-Invest. Daarmee ontvalt de grondslag aan de onder (i) verwoorde stelling.

Voorts ziet het onderdeel er aan voorbij dat de overige aangevoerde stellingen geen betrekking hebben op een taalkundige betekenis van art. 8a, maar op andere gezichtspunten zien, zoals het gebruik en de achterliggende bedoeling van partijen, die het hof heeft besproken in het kader van een van een taalkundige uitleg afwijkende betekenis van art. 8a.

4.21. Kern van het betoog van [eiseressen] is dat, nadat [verweerders] in 1991 ongeveer 300.000 gewone aandelen Uni-Invest tegen een prijs van ? 29,- per stuk en de prioriteitsaandelen Uni-Invest tegen de nominale waarde had verkregen, [eiseressen] in dat zelfde jaar eveneens ongeveer 300.000 gewone aandelen Uni-Invest voor een zelfde prijs heeft gekocht op voorwaarde dat de rechten verbonden aan de prioriteitsaandelen Uni-Invest door [verweerders] met [eiseressen] zouden worden gedeeld. Met betrekking tot haar controlerend belang van 48,75% (materieel 50%) in Uni-Invest heeft [eiseressen] aangevoerd dat zij dit belang indirect, door verwerving via Dover Trustco tegen nominale waarde van 48,75% van de aandelen in [B], heeft verkregen.

Het verweer van [verweerders] komt er in de kern op neer dat partijen niet op dezelfde financiële voorwaarden in Uni-Invest zijn gestapt en dat de aard van het tijdstip en de inbreng in Uni-Invest verschilt. Het controlerend belang in Uni-Invest heeft [eiseressen] volgens [verweerders] in het kader van de samenwerking tussen partijen verworven, welk recht (op teruglevering van het belang van 48,75%) ondergesneeuwd raakte in de geschillen die vanaf 1996 tussen partijen zijn ontstaan.

4.22. Het hof heeft in rov. 4.13-4.15 als 'cruciaal' voor het betoog van [eiseressen] de vraag besproken of de rechten op de prioriteitsaandelen van [eiseressen] in het kader van de herkapitalisatie in 1991 zijn ontstaan of in het kader van de joint venture-overeenkomst in 1992 zijn verworven. Met verwerping van het betoog dat [eiseressen] reeds in 1991 de rechten op de prioriteitsaandelen heeft verkregen, is het hof klaarblijkelijk tot het oordeel gekomen dat er geen rechtstreeks verband bestaat tussen de verkregen prioriteitsaandelen in [B] en de daarvoor, tegen een gelijke prijs, verworven gewone aandelen in Uni-Invest. De stellingen onder (ii) b) en c) heeft het hof niet bij de taalkundige uitleg betrokken, maar het hof heeft deze dus elders behandeld. Hetzelfde geldt voor de stellingen onder (ii) d) en e). Met de in rov. 4.18 genoemde vindplaatsen heeft het hof kennelijk en niet onbegrijpelijk meer gewicht toegekend aan het verweer van [verweerders] dan aan de stellingen van [eiseressen].

4.23. Met betrekking tot de onder (ii) a) van (nog steeds) onderdeel I.A bedoelde stelling, dat het verdisconteren van de waarde van de prioriteitsaandelen in de

prijs voor gelijktijdig verkochte gewone aandelen in markt gebruikelijk is, verwijst het onderdeel naar par. 37 van de inleidende dagvaarding. Die stelling is echter niet onderbouwd.(23) Zij is door [verweerders] betwist bij CvA (nr. 35). In de loop van het geding is [eiseressen] hierop niet terug gekomen. Ik merk nog op dat ik in de literatuur geen steun voor de stelling van [eiseressen] heb aangetroffen.(24)

4.24. Onderdeel 1.B bevat de klacht dat 's hofs oordeel in rov. 4.20, dat [eiseressen] krachtens art. 8a op geen enkele wijze recht heeft op de aan de (helft van de) prioriteitsaandelen verbonden (meer)waarde, onbegrijpelijk is. Betoogd wordt dat 'ls [verweerders] die (meer)waarde verdisconteert in een verhoogde prijs voor haar gewone aandelen Uni-Invest, art. 8a taalkundig slechts de uitleg toelaat dat [verweerders] bij haar koper ten behoeve van [eiseressen] voor h?'r gewone aandelen Uni-Invest een pro rata parte gelijkelijk verhoogde prijs dient te bedingen.

4.25. In rov. 4.20 bespreekt het hof het subsidiaire beroep van [eiseressen], gegrond op art. 6:258 lid 1 BW (zgn. impr?vision). Ter inleiding daarvan grijpt het hof klaarblijkelijk terug op zijn eerder met taalkundige ?n andere overwegingen gemotiveerde oordeel 'dat art. 8a van de vaststellingsovereenkomst zo moet worden uitgelegd dat partijen niet zijn overeengekomen dat [eiseressen] bij verkoop daarvan door [verweerders] op welke wijze dan ook recht heeft op de (helft van) de (meer)waarde van de prioriteitsaandelen'.(25)

4.26. Rov. 4.20 behelst dus slechts een (verkorte) samenvattende weergave van 's hofs bevindingen met betrekking tot de uitleg van de overeenkomst, waarin blijkens de rov. 4.6 t/m 4.19 (juist) niet alleen de taalkundige uitleg, maar ook een eventueel daarvan afwijkende uitleg ampel aan de orde was. Een klacht die zich slechts richt tegen de bewoordingen van die samenvattende weergave, behoort m.i. reeds daarom niet op te gaan.

4.27. Niettemin zal ik, zekerheidshalve, nog stilstaan bij de (sub-)onderdelen van onderdeel 1.B. Ik stel daarbij voorop dat voor zover de daarin vervatte klachten louter een herhaling inhouden van de klachten van onderdeel 1.A, zij het lot daarvan delen.

4.28. Volgens onderdeel 1.B.1 is het oordeel van het hof in rov. 4.6 onjuist en/of onbegrijpelijk, voor zover daarin besloten ligt dat [eiseressen] alleen dan een aanspraak op de (meer)waarde zou (kunnen) hebben als die aanspraak in de vorm van een geldschuld, en niet in de vorm van een 'contracteerplicht' van [verweerders] was geformuleerd. Daartoe wordt betoogd dat het in strijd met de contracteerplicht nalaten van [verweerders] om ten behoeve van [eiseressen] een verhoogde prijs te bedingen en het door haar zelf incasseren van de volledige 'control premium' een vordering aan [eiseressen] geeft tot schadevergoeding van haar pro rata aandeel daarin.

4.29. Het onderdeel berust op een onjuiste lezing van zowel rov. 4.20 (zie hierboven) als rov. 4.6.

Ook wat betreft de op rov. 4.6 gebaseerde klacht, mist het onderdeel feitelijke grondslag. Het hof heeft immers niets overwogen omtrent de 'tag along'-

verplichting als een rechtstreeks uit art. 8a voortvloeiende en d?'rom verschuldigde geldschuld, laat staan in tegenstelling tot een niet rechtstreeks uit art. 8a voortvloeiende en d?'rom niet verschuldigde schadevergoedingsverplichting.

Naar het klaarblijkelijke oordeel van het hof vertaalt zowel de door [eiseressen] bedoelde aanspraak op de 'control premium', als ook de door [eiseressen] bedoelde 'tag-along'-aanspraak, zich (uiteindelijk) in een (al dan niet) op [verweerders] rustende verplichting om ervoor te zorgen dat [eiseressen] die vergoeding 'op welke wijze dan ook' (vgl. rov. 4.20) zou dienen te krijgen. Wat de 'tag-along'-aanspraak betreft, behoefde het hof niet nader over de constructie te oordelen, nu die aanspraak tussen partijen niet omstreden is. Wat de aanspraak op de 'control premium' betreft, behoefde het hof evenmin nader over de constructie te oordelen, nu, naar hetzelfde klaarblijkelijke oordeel, er geen sprake was van enige ('linksom of rechtsom') grondslag voor een desbetreffende verplichting van [eiseressen].

4.30. De klacht in onderdeel 1.B.2 is dat het hof zich geen kenbare rekenschap heeft gegeven van de op 6 november 1998 gezonden brief van Marcus namens [verweerders] en van de daarop gebaseerde stellingen van [eiseressen].

De in de cassatiedagvaarding geciteerde passage uit die brief luidt:

'Art. 8a regelt de specifieke situatie dat [verweerders] een meerprijs voor haar gewone aandelen Uni-Invest zou verkrijgen ten opzichte van andere aandeelhouders bij gelijktijdige overdracht van alle prioriteitsaandelen. In dat geval zal zij voor dezelfde meerprijs een aanbod bedingen ten behoeve van [eiseressen] voor, door deze gehouden, gewone aandelen'.(26)

4.31. Deze klacht faalt omdat het hier wederom gaat om een stelling die niet betrekking heeft op de taalkundige betekenis van art. 8a, maar ziet op het gezichtspunt van de achterliggende bedoeling van partijen. Indien onderdeel 4 - zie hierna nr. 4.65 e.v. - slaagt, zal dit onderwerp in het kader van de bewijslevering nog aan de orde kunnen komen.

4.32. Onderdeel 1.C betoogt dat 's hofs oordeel in rov. 4.19, dat in art. 8a slechts een (voorwaardelijk) 'tag along'-recht aan [eiseressen] is toegekend, ook op zichzelf onbegrijpelijk, althans ontoereikend gemotiveerd is in het licht van de in de cassatiedagvaarding genoemde stellingen, die (samengevat) inhouden:

- (i) een enkele 'tag along'-verplichting veronderstelt slechts een verkoop door [verweerders] van (uitsluitend) haar gewone aandelen Uni-Invest, terwijl art. 8a uitgaat van een gelijktijdige verkoop door [verweerders] van zowel de prioriteitsaandelen als haar gewone aandelen. In het arrest van het hof wordt niet duidelijk waarom partijen uitsluitend een 'tag along'-verplichting zouden zijn overeengekomen voor de situatie dat de prioriteitsaandelen [verweerders] zouden verlaten;
- (ii) art. 8a zou zinledig zijn als daarmee uitsluitend een 'exit'-mogelijkheid werd geboden aan [eiseressen];
- (iii) ingeval van een openbaar bod biedt de beursregeling reeds voldoende bescherming en is een algemeen geformuleerde 'exit'-regeling voor dat geval

dus niet nodig. Het ligt dan ook niet voor de hand dat partijen uitsluitend het oog hebben gehad op een dergelijke 'exit'-regeling.

4.33. Met zijn in rov. 4.19 weergegeven conclusie dat [eiseressen] alleen aanspraak maakt op een voorwaardelijk 'tag along'-recht, is het hof kennelijk van oordeel geweest, alle omstandigheden afwegende, dat partijen met de bepaling in art. 8a niet meer dan een 'exit'-regeling hebben beoogd. Dit 'tag along'-recht omschrijft het hof als een recht dat beoogt te verzekeren dat - anders dan in geval van een openbaar bod op alle aandelen Uni-Invest - [eiseressen], als [verweerders] zowel haar prioriteitsaandelen als haar gewone aandelen in Uni-Invest gaat vervreemden, haar gewone aandelen Uni-Invest tegen dezelfde prijs kan verkopen als [verweerders] in dat geval voor haar gewone aandelen Uni-Invest realiseert. Het hof gaat blijkens zijn omschrijving van het 'tag along'-recht ervan uit dat dit recht te gelde kan worden gemaakt bij gelijktijdige vervreemding van zowel de prioriteitsaandelen als de gewone aandelen van [verweerders]. In de conclusie van het hof ligt besloten dat het hof kennelijk de, hiervoor samengevatte, stellingen van [eiseressen] niet voldoende overtuigend heeft geacht in het licht van hetgeen [verweerders] daartegenin heeft gebracht. Ik acht dat oordeel niet onbegrijpelijk.

4.34. Onderdeel 1.D betreft de (subsidiäre) klacht dat 's hofs oordeel in rov. 4.8 rechtens onjuist, onbegrijpelijk en/of ontoereikend gemotiveerd is, daar art. 8a ook taalkundig minst genomen onder (de normale) omstandigheden een (schadevergoedings)aanspraak aan [eiseressen] geeft ter zake van de (meer)waarde van de prioriteitsaandelen, zodat van een niet voor misverstand vatbare en tot op het bewijs van een afwijkende partijbedoeling vaststaande betekenis in elk geval geen sprake kan zijn.

4.35. Zoals hiervoor reeds uiteengezet, heeft het hof geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, noch een onbegrijpelijke beslissing gegeven door in het licht van de in rov. 4.7 genoemde omstandigheden als uitgangspunt veel betekenis toe te kennen aan een taalkundige uitleg van art. 8a. Tot dit oordeel gekomen kon het hof, vooralsnog zonder een inhoudelijke beoordeling van de door [eiseressen] aangevoerde stellingen, in rov. 4.8 overwegen dat het aan [eiseressen] is te stellen en zo nodig te bewijzen dat, gelet op de (door haar gestelde, normale) omstandigheden van het geval aan de bewoordingen van art. 8a een, van de in redelijkheid niet mis te verstande bewoordingen van die bepaling, afwijkende betekenis dient toe te komen. Het onderdeel faalt derhalve.

4.36. Onderdeel 2 bevat de algemene klacht dat het hof in rov. 4.12-4.16 is uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting en/of zijn beslissing ontoereikend heeft gemotiveerd, doordat het uitsluitend is ingegaan op de door het hof als cruciaal voor haar betoog aangemerkte stellingen van [eiseressen] en door, na verwerping daarvan, te oordelen dat in het slot van art. 8a slechts het door ontbinding van de joint venture-overeenkomst teweeg gebrachte verval van haar (leverings)aanspraak is vastgelegd.

4.37. Deze klacht wordt verder uitgewerkt in vooreerst onderdeel 2.A, dat betoogt dat het hof enerzijds heeft miskend dat de stellingen van [eiseressen] (i) dat zij reeds in 1991 rechten ten aanzien van de prioriteitsaandelen had verkregen en (ii) dat na ontbinding van de joint venture de samenwerking in Uni-Invest werd voortgezet, slechts strekten tot weerlegging van het eerst in appel door [verweerders] aangevoerde (zelfstandige en door [eiseressen] ook als zodanig bestreden) ontbindingsverweer, en dus juist niet cruciaal waren voor haar eigen uitleg van art. 8a.

Anderzijds, zo wordt betoogd, heeft het hof in het geheel geen acht geslagen op (onder meer) de in onderdeel 1.A t/m 1.C vermelde, w?l door [eiseressen] aan haar uitleg van art. 8a ten grondslag gelegde en daarvoor cruciale stellingen.

4.38. Deze laatste als 'anderzijds' geformuleerde klacht deelt het lot van de onderdelen 1.A t/m 1.C, en faalt naar mijn mening dus.

Ook de zelfstandige klacht van dit onderdeel faalt, omdat die klacht miskent dat de onder (i) en (ii) weergegeven en door het hof terecht behandelde, maar verworpen stellingen van [eiseressen] juist w?l cruciaal zijn geweest voor het in de feitelijke instanties gevoerde betoog 'samen uit, samen thuis'(27) en daarmee voor haar aanspraak op de helft van de aan de prioriteitsaandelen verbonden (meer)waarde.

4.39. Het 'samen uit, samen thuis'-beginsel heeft [eiseressen] gebaseerd op haar kernstelling (zie ook reeds nr. 4.21) en daarmee het cruciale betoog dat [eiseressen] in 1991, net als [verweerders] dat eerder dat jaar had gedaan, voor de verwerving van de meer dan 300.000 gewone aandelen Uni-Invest een (meer)prijs van ? 29,- heeft betaald. [Eiseressen] was, aldus haar betoog, slechts bereid deze hogere prijs te betalen op voorwaarde dat de zeggenschapsrechten in Uni-Invest, die door [verweerders] waren verworven, met haar zouden worden gedeeld. Aan dit betoog heeft [eiseressen] (art. 5 van) de overeenkomst van 25 november 1991 ten grondslag gelegd.

[Verweerders] heeft de stelling dat partijen op gelijke voet in Uni-Invest zijn gestapt bestreden. Zij heeft aangevoerd dat [eiseressen] de 300.500 gewone aandelen heeft verkregen door verrekening en omzetting van door [eiseressen] aan Uni-Invest verstrekte (deels oninbare) leningen en betwist dat [eiseressen] al in 1991 een aanspraak op de helft van de prioriteitsaandelen heeft verkregen en voorts ontkend van de voorwaarde van [eiseressen] op de hoogte te zijn geweest. Volgens [verweerders] heeft [eiseressen] haar aanspraak op een deel van de zeggenschapsrechten pas in 1992 bij het aangaan van de joint venture-overeenkomst verkregen. Deze overeenkomst is vervolgens door [eiseressen] buitengerechtelijk ontbonden, waarna tussen partijen een vaststellingsovereenkomst met daarin de bepaling van art. 8a tot stand is gekomen.

4.40. Kern van dit verweer van [verweerders] is dus dat het recht op de helft van de 'control' premium pas door het aangaan van de joint venture-overeenkomst is verkregen en door het ontbinden van die overeenkomst weer is verloren. Het 'ontbindingsverweer' van [ver-

weerders], dat met de - op zichzelf door [eiseressen] niet weersproken - ontbinding van de joint venture door [eiseressen] art. 8a van de vaststellingsovereenkomst tot stand is gekomen en waarin [eiseressen] afstand doet van haar (terug)leveringsrecht, behelst dus niet een zelfstandig verweer, maar is een gemotiveerde betwisting van de stellingen van [eiseressen] (i) dat zij het recht op haar deel van de 'control premium' in 1991 zou hebben verworven en (ii) dat het recht ondanks de beïndigding van de samenwerking onaangetast is gebleven. Tegenover dit gemotiveerde 'neen, want'-verweer bleef op [eiseressen] de stelplicht en de bewijslast van haar stellingen rusten. Dit heeft het hof in rov. 4.15 met juistheid tot uitdrukking gebracht door, na de vaststelling dat [eiseressen] haar rechten ten aanzien van de prioriteitsaandelen in 1992 in het kader van de joint venture-overeenkomst heeft gekregen, tot het oordeel te komen dat in beginsel moet worden aangenomen dat door ontbinding van diezelfde joint venture ook de aanspraken op de prioriteitsaandelen zijn komen te vervallen, tenzij, zoals [eiseressen] stelt, de ontbinding geen betrekking heeft op de samenwerking ten aanzien van Uni-Invest, hetgeen het hof overigens gezien het ontbreken van een daartoe strekkende uitzondering alsmede de considerans en art. 1 van de vaststellingsovereenkomst niet het geval heeft geacht.

4.41. Onderdeel 2.B.1. stelt dat, indien ervan uitgegaan wordt dat de tussen partijen vaststaande verbintenis tot (terug)levering van het (indirecte) prioriteitsaandelenbelang van [eiseressen] door de ontbinding is getroffen, het hof heeft miskend dat [eiseressen] een vordering heeft verkregen tot ongedaanmaking van de door haar voor de (indirecte) verkrijging van de prioriteitsaandelen verrichte prestaties. Het hof heeft hiervan geen (kenbare) rekenschap gegeven door te overwegen dat deze leveringsaanspraak van [eiseressen] is vervallen en dit louter voor de duidelijkheid in het slot van art. 8a is vastgelegd. Ondanks de verwijzing door het hof naar de tekst in art. 1 van de vaststellingsovereenkomst is voorts niet duidelijk waarom in art. 8a niet de ongedaanmaking van de door [eiseressen] verrichte prestatie is of zou kunnen worden geregeld.

4.42. Ook deze klacht faalt, omdat de stelling van [eiseressen](28) voortbouwt op haar betoog dat de verkrijging van het (indirecte) prioriteitsaandelenbelang in 1991, buiten de joint venture-overeenkomst om, in ruil voor het betalen van een hogere prijs voor de gewone aandelen is gerealiseerd. Het hof heeft echter overwogen dat de aanspraak van [eiseressen] op de helft van de meerwaarde in 1992 is ontstaan en het betoog van [eiseressen] derhalve verworpen. Voorts heeft het hof klaarblijkelijk en niet onbegrijpelijk geoordeeld dat [eiseressen] niet duidelijk heeft gemaakt welke tegenprestaties zij bij het aangaan van de joint venture heeft verricht, die zich na de ontbinding daarvan zouden vertalen in een ongedaanmakingsverplichting van [verweerders].

4.43. Onderdeel 2.B.2 klaagt dat het hof geen inzichtelijke en gemotiveerde verklaring heeft gegeven waarom [eiseressen] van haar - ook bij verval door ontbinding

van haar leveringsaanspraak bestaande - vorderingsrecht afstand zou hebben willen doen, nu immers - naar het onderdeel betoogt - vaststaat dat (i) de afstand van dit vorderingsrecht om niet zou zijn gedaan en (ii) er voor [eiseressen] ook geen enkele aanleiding was om een dergelijke forse concessie te doen in de onderhandelingen, gegeven de voor [verweerders] dreigende executiemaatregelen.

4.44. Dit - subsidiair - voorgestelde onderdeel bouwt voort op de voorgaande klachten en dient het lot daarvan te delen. Herhaald zij dat het hof het ontstaan van de aanspraken heeft teruggeleid tot de joint venture-overeenkomst en dat de verplichting tot levering van de prioriteitsaandelen met de ontbinding, in het slot van art. 8a, is komen te vervallen, zonder dat er een voor het hof duidelijke tegenprestatie van [eiseressen] voor verkrijging van een aanspraak op de prioriteitsaandelen heeft bestaan.

4.45. In onderdeel 2.B.3 wordt voorts geklaagd dat het hof geen enkele (kenbare) rekenschap heeft gegeven van het in onderdeel 1.A.1 sub (i) weergegeven betoog van [eiseressen] over de verduistering van haar prioriteitsaandelenbelang.

4.46. Tussen partijen is niet betwist dat [verweerders] de verplichting had tot levering van 49% van de prioriteitsaandelen. Dit aandelenbelang is echter in handen gebleven van [verweerders]. Over de oorzaak daarvan verschillen partijen van mening. Waar [eiseressen] consequent heeft betoogd dat [verweerders] buiten haar medeweten dit recht van haar heeft ontnomen ('verduisterd'), heeft [verweerders] steeds gesteld dat dit te wijten is aan een fout van de notaris. Voor de beoordeling van het geschil heeft dit echter geen relevant belang, nu het erom gaat of deze (nooit uitgevoerde) verplichting tot levering, wat de oorzaak daarvan ook zij, in art. 8a van de vaststellingsovereenkomst is afgegeld, respectievelijk door de ontbinding juist is komen te vervallen. De klacht faalt derhalve.

4.47. Onderdeel 2.B.4 keert zich tegen de veronderstelling van het hof in rov. 4.16, dat de verplichting tot levering van de aandelen [B] nooit zou zijn uitgevoerd. 's Hofs oordeel dat de (nooit uitgevoerde) aanspraak van [eiseressen] op levering van die aandelen door de ontbinding is getroffen, gaat er aan voorbij dat die ontbinding haar aanspraak op de waarde van haar aandelen onverlet liet.

4.48. Het onderdeel, dat kennelijk voortbouwt op het hierboven in nrs. 4.28-4.29 besproken onderdeel 1.B.1, deelt het lot daarvan. In de overweging dat 'de (nooit uitgevoerde) verplichting tot levering van 49% van de aandelen [B] BV [...] met de ontbinding kwam te vervallen', ligt klaarblijkelijk het oordeel besloten dat daarmee niet alleen de rechtsgrond voor levering, maar ook de rechtsgrond voor schadevergoeding terzake van de (niet geleverde en niet meer te leveren) aandelen kwam te vervallen.

4.49. Onderdeel 2.C bestrijdt 's hofs oordeel in rov. 4.16 dat partijen in het slot van art. 8a geen voorziening voor het aan [eiseressen] ontnemen prioriteitsaandelenbelang hebben beoogd te treffen, maar - naast een 'tag along'-verplichting - slechts het verval door de ontbin-

ding van de onbetwiste leveringsaanspraak van [eiseressen] hebben vastgelegd.

Onderdeel 2.C.1 voegt daaraan toe dat het hof ten onrechte zonder (kenbare) motivering is voorbijgegaan aan het betoog van [eiseressen] dat de stelling van [verweerders], dat partijen in art. 8a slechts het verval van de leveringsaanspraak door ontbinding van de joint venture (feitelijk constaterend) hebben vastgelegd, wezenlijk in strijd is met haar eerdere (en latere), steeds wisselende stellingen, aangezien (samengevat):

(i) Marcus heeft erkend dat art. 8a onder omstandigheden aan [eiseressen] het recht geeft op een door [verweerders] te bedingen, met de 'control premium' verhoogde prijs voor haar gewone aandelen Uni-Invest, indien tegelijk met de gewone aandelen de prioriteitsaandelen zelf worden overgedragen;

(ii) [verweerders] het verweer heeft gevoerd dat de afstand door [eiseressen] van haar leveringsaanspraak onderdeel was van een 'geven en nemen' in het kader van de onderhandelingen, hetgeen [eiseressen] heeft bestreden met haar stelling dat de vaststellingsovereenkomst slechts ziet op de samenwerking buiten Uni-Invest om en dat er voor [eiseressen] geen aanleiding was om een (forse) concessie te doen;

(iii) de raadsman van [verweerders] bij pleidooi in eerste aanleg heeft verklaard dat zonder de regeling in art. 8a [eiseressen] nog steeds recht heeft op vergoeding van de helft van de door [verweerders] ontvangen waarde van de prioriteitsaandelen;

(iv) [verweerders] vervolgens in appel - in tegenspraak met haar eerdere hierboven bedoelde stellingen - is gaan betogen dat partijen met de afstand van recht in art. 8a slechts het verval van de leveringsaanspraak door ontbinding van de joint venture (feitelijk constaterend) hebben vastgelegd, en

(v) [verweerders] daarna heeft aangevoerd dat de afstand van recht juist door Marcus in de onderhandelingen was bedongen als 'vrijwaring' voor zijn persoonlijke aansprakelijkheid in verband met de door hem geëffectueerde ontneming van het prioriteitsaandelenbelang per 9 december 1994 aan [eiseressen] en de daaruit resulterende escalatie van het conflict tussen partijen, hetgeen [eiseressen] heeft bestreden.

4.50. Vooropgesteld zij dat het hoger beroep een nieuwe instantie is, waarin het partijen vrijstaat nieuwe stellingen aan te voeren en hun eerdere stellingen aan te vullen en zonodig te verbeteren, zolang een in eerste aanleg gevoerd verweer niet is gedekt. Het gevolg van een nieuwe feitelijke behandeling is dat de zaak door partijen dikwijls nog nauwkeuriger en diepgaander wordt behandeld en juist in de tweede instantie beter uit de verf komt. Met het oog hierop staat het de appellanten vrij, naast het formuleren van grieven tegen het eindvonnis, zijn oorspronkelijke verweer aan te vullen, te verbeteren en anders in te richten<sup>(29)</sup>. Hierop stuit de klacht in onderdeel 2.C.1 af, voor zover het niet een herhaling behelst van andere reeds aangevoerde klachten en in zoverre het lot daarvan deelt.

4.51. Onderdeel 2.C.2 acht onbegrijpelijk dat het hof heeft geoordeeld dat [eiseressen] in haar ontbindingsverklaring (en vervolgens in de

vaststellingsovereenkomst) heeft beoogd om met de ontbinding van de joint venture zonder enige compensatie afstand te doen van haar prioriteitsaandelenbelang, waarbij - volgens het onderdeel - minst genomen veronderstellenderwijs vaststaat dat:

(1) de vaststellingsovereenkomst, afgezien van art. 8a, uitsluitend voorziet in terugbetaling door [verweerders] van haar door [eiseressen] verrichte investeringen buiten Uni-Invest om;

(2) de vaststellingsovereenkomst dus in het geheel geen betrekking heeft op de investeringen in Uni-Invest;

(3) de ontbindingsverklaring beperkt is tot hetzelfde stramien van in (drie) 'tranches' gedane investeringen buiten Uni-Invest.

Onderdeel 2.C.3 betoogt voorts dat het hof met zijn oordeel in rov. 4.16, dat met de brief van 13 maart 1996 en blijkens de considerans van de vaststellingsovereenkomst (sub e) tevens het zogenaamde Protocol van Afspraken van 30 september 1993 is ontbonden en dat blijkens art. 13 daarvan dit protocol in elk geval betrekking had op de samenwerking in Uni-Invest, ten onrechte, althans zonder toereikende motivering er aan voorbij is gegaan dat:

(4) art. 13 van het protocol dateert van na de verkrijging door [eiseressen] van haar aandelen in [B] in 1992 en:

(5) de daaraan ten grondslag liggende koopovereenkomst respectievelijk leveringsakte in de brief van 13 maart 1996 niet is vermeld, zodat niet, althans niet zonder meer valt in te zien dat de ontbindingsverklaring ook daarop ziet.

Volgens onderdeel 2.C.4 komt daar nog bij (6) dat [eiseressen], naast een recht tot benoeming van een commissaris in Uni-Invest, een recht tot benoeming van een commissaris in [B] verkreeg, die de prioriteitsaandelen in Uni-Invest hield, hetgeen steun biedt aan de door [eiseressen] bepleite uitleg van art. 8a. Geklaagd wordt dat het hof met zijn oordeel omtrent dit benoemingsrecht geen of onvoldoende rekenschap heeft gegeven van de bijzondere positie die [eiseressen] in [B] behield, waardoor uiteraard niet slechts (enige) invloed in Uni-Invest werd behouden, maar vooreerst invloed op (niet slechts de uitoefening, maar ook de beschikking over de prioriteitsaandelen door) [B].

4.52. Deze klachten, die zich lenen voor gezamenlijke behandeling, bestrijden 's hofs oordeel dat met de ontbinding van de joint venture ook de samenwerking ten aanzien van Uni-Invest is beïnvloed. De klachten falen, aangezien het in rov. 4.15 en 4.16 vervatte oordeel van het hof niet onbegrijpelijk is.

4.53. Het hof heeft zich in rov. 4.15 de, voor het betoog van [eiseressen] cruciaal geachte, vraag gesteld of met de ontbinding van de joint venture-overeenkomst in 1996 ook de samenwerking ten aanzien van Uni-Invest is beïnvloed. Gezien de eerdere vaststelling van het hof - eveneens cruciaal geacht voor het al dan niet slagen van het betoog van [eiseressen] - dat [eiseressen] de rechten op de prioriteitsaandelen in het kader van het aangaan van de joint venture-overeenkomst in 1992 heeft verkregen, heeft het hof in beginsel aangenomen

dat door ontbinding van diezelfde overeenkomst de aanspraken op de prioriteitsaandelen zijn komen vervallen, tenzij [eiseressen] aannemelijk zou maken dat door de ontbinding van de joint venture de samenwerking ten aanzien van Uni-Invest niet is geïndigd. Blijkens het slot van rov. 4.16 heeft [eiseressen] naar het oordeel van het hof op dit punt geen voldoende concreet en gespecificeerd bewijsaanbod gedaan.

4.54. Het vermoeden dat met de ontbinding van de joint venture-overeenkomst ook de samenwerking ten aanzien van Uni-Invest is geïndigd, heeft het hof in rov. 4.16 met een tweetal argumenten verder uitgewerkt. Dit vermoeden wordt aldus gevoed door (i) het ontbreken van een uitzondering ten aanzien van de samenwerking van Uni-Invest in de ontbindingsverklaring en doordat (ii) het (tevens ontbonden) Protocol van Afspraken blijkens art. 13 (mede) betrekking heeft gehad op de samenwerking in Uni-Invest(30). Uit deze omstandigheden heeft het hof afgeleid dat de ontbinding van de joint venture mede het einde van de samenwerking in Uni-Invest impliceerde en dat de leveringsaanspraak van de 49% prioriteitsaandelen, die zijn bestaan vindt in de joint venture, kwam te vervallen. Ter verdere onderbouwing hiervan verwijst het hof nog naar het slot van art. 8a van de vaststellingsovereenkomst, in samenhang met het slot van art. 1 en de considerans onder e daarvan. Op dit niet onbegrijpelijke oordeel stuiten de stellingen in de hiervoor genoemde klachten af, met dien verstande dat ik bij de bespreking van onderdeel 4 in nr. 4.65 e.v. terugkom op de klacht van [eiseressen] met betrekking tot het bewijsaanbod.

4.55. De in de klachten onder (4) genoemde omstandigheid, dat (art. 13 van) het protocol pas na de verkrijging door [eiseressen] van haar aandelen in [B] in 1992 tot stand is gekomen, kan hieraan niet afdoen. Die omstandigheid betekent naar het kennelijke en begrijpelijke oordeel van het hof dat partijen hun in 1992 aangegane samenwerking in 1993 hebben voortgezet en nader neergelegd in een Protocol van Afspraken, waarvan art. 13 een onderdeel is ten aanzien van de aandelen in Uni-Invest NV, die in het bezit zijn van [B] BV.

Met betrekking tot de klacht ten aanzien van de benoeming van een commissaris in Uni-Invest meen ik dat het oordeel van het hof in rov. 4.16 evenmin onbegrijpelijk is, nu art. 9 van de vaststellingsovereenkomst, waarbij in de visie van het hof ook de samenwerking tussen [eiseressen] en [verweerders] werd beïndigd, niet meer bepaalt dan het volgende:

'De Raad van Commissarissen van Uni-Invest NV en die van [B] BV zullen worden uitgebreid met een door [eiseressen] voor benoeming voor te dragen commissaris, niet zijnde een familielid of aanverwant van een van de kinderen van wijlen [betrokkene 3].'

4.56. Onderdeel 2.C.5 klaagt vervolgens dat het hof bij zijn oordeel in rov. 4.13 en 4.14, dat noch uit de tekst van de samenwerkingsovereenkomst van 25 november 1991, noch uit de destijds bestaande omstandigheden blijkt dat [eiseressen] reeds voor het aangaan van de joint venture rechten op de prioriteitsaandelen had verworven en dat de ontbinding daarvan dus ook die

rechten omvatte, ten onrechte geen, althans onvoldoende (kenbare) rekenschap heeft gegeven van de stellingen en omstandigheden, dat - samengevat - :

(i) de bij de overeenkomst van 25 november 1991 door [eiseressen] tegen verrekening van een deel van haar hypothecaire leningen verworven aandelen werden verkregen tegen exact dezelfde prijs, waartegen [verweerders] kort daarvoor een gewoon pakket aandelen en alle prioriteitsaandelen had verworven;

(ii) de in art. 5 van de overeenkomst voorziene eis van 'overeenstemming' aanvankelijk was beperkt tot (de wijze van) stemming op de prioriteitsaandelen door [verweerders], maar dat die beperking is geschrapt met het doel om ook de vervreemding daarvan onder die eis te brengen;

(iii) aan [eiseressen] effectief een vetorecht werd gegeven, waardoor feitelijk aan haar gelijke zeggenschap in de prioriteit toekwam als waarover [verweerders] beschikte, ook waar het de modaliteiten van een eventuele vervreemding betrof;

(iv) in de overeenkomst tevens werd voorzien in een door [eiseressen] te geven converteerbare lening van ? 22 miljoen en in volgende aandelenparticipaties in Uni-Invest, waarna [eiseressen] in 1992 circa 56% van de uitstaande aandelen in Uni-Invest hield;

(v) de hypothecaire leningen inbaar waren en zelfs de gewone schuldeisers van Uni-Invest integraal betaald kregen en [eiseressen] het andersluidende verweer van [verweerders] heeft betwist;

(vi) [verweerders] niet duidelijk heeft gemaakt welke andere titel respectievelijk economische grondslag de verkrijging van 49% aandelen in [B] door [eiseressen] heeft gehad indien de overeenkomst van 25 november 1991 niet (mede) als zodanig heeft te gelden, nu Dover Trustco in 1992 nog slechts de nominale waarde behoeft te betalen voor de aandelen in [B];

(vii) deze (formeel) verkrijging van de aandelen door Dover Trustco in 1992 dan ook uitsluitend een formalisering betrof van de al op grond van de overeenkomst van 25 november 1991 tussen partijen bestaande rechtsverhouding;

(viii) de door het hof in rov. 4.14 genoemde brief van 23 september 1991 hooguit geen steun biedt voor het standpunt van [eiseressen], maar dat daaruit niet, althans niet zonder nadere motivering, het tegendeel kan worden afgeleid.

4.57. Deze op de totstandkomingsgeschiedenis met betrekking tot de uitleg van art. 8a gerichte klacht faalt. Het springende punt in de gehele constructie rondom de samenwerking in Uni-Invest en de rechten op de prioriteitsaandelen in [B] - waarmee de aanspraak van [eiseressen] valt of staat - is de vraag wanneer [eiseressen] haar rechten ten aanzien van de prioriteitsaandelen heeft verkregen (rov. 4.13: 'cruciaal' voor het betoog van [eiseressen] is of die rechten in 1991 of in 1992 zijn ontstaan) en in het geval dat dit in 1992 bij het aangaan van de joint venture is geweest, of deze rechten door de ontbinding weer zijn getroffen (rov. 4.15: 'cruciaal' voor het betoog van [eiseressen] is of door ontbinding van de joint venture-overeenkomst ook de

samenwerking ten aanzien van Uni-Invest is geïndigd).

4.58. Aan haar stelling dat het belang in de prioriteitsaandelen in 1991 is verkregen heeft [eiseressen] de overeenkomst van 25 november 1991 ten grondslag gelegd en met name de bepaling van art. 5. Dat het hof de grondslag van dit betoog in rov. 4.13 heeft verworpen is niet onbegrijpelijk, gelet op de overweging van het hof dat een verkregen belang in de prioriteitsaandelen niet uit de tekst van art. 5 van de overeenkomst kan worden afgeleid, terwijl het tegendeel duidelijk in de tekst van de bepaling is verwoord: '[B] heeft in eigendom de rechten op de prioriteitsaandelen in het kapitaal van Uni-Invest'. Ook in de considerans van de overeenkomst komt slechts tot uitdrukking dat [eiseressen] 300.500 gewone aandelen in het kapitaal van Uni-Invest wenst te verwerven en is enigerlei verkrijging van prioriteitsaandelen Uni-Invest onvermeld gebleven. Met de verwerping van het beroep op de overeenkomst van 25 november 1991 als grondslag voor de verkrijging van de prioriteitsaandelen en het vermoeden dat de rechten ten aanzien van de prioriteitsaandelen pas in 1992 in het kader van de joint venture-overeenkomst zijn ontstaan, ontvalt ook de grondslag van het betoog van [eiseressen] dat zij de gewone aandelen tegen exact dezelfde prijs van ? 29,- heeft gekregen (waartegen kort daarvoor [verweerders] een gelijk pakket gewone aandelen en alle prioriteitsaandelen had verworven), op de voorwaarde dat de rechten verbonden aan de prioriteitsaandelen met haar zouden worden gedeeld. In rov. 4.14 heeft het hof dit betoog verder verworpen, omdat hij het verweer van [verweerders], er op neerkomend dat partijen op andere voorwaarden aan de reddingsoperatie van Uni-Invest hebben bijgedragen en bij [eiseressen] sprake was van aan Uni-Invest verstrekte moeilijk inbare leningen, onvoldoende weersproken heeft geacht.

4.59. Uit het hierboven besproken oordeel van het hof volgt dat de onder (i), (ii), (v), (vi) en (vii) genoemde stellingen niet tot cassatie kunnen leiden. Hetzelfde geldt ten aanzien van de stelling onder (iii). Het hof was niet genoodzaakt het door art. 10 van de overeenkomst van 25 november 1991 versterkte vetorecht afzonderlijk te bespreken, nu de kern van het betoog van [eiseressen] reeds op zichzelf niet in art. 5 van de overeenkomst valt te lezen. Ik merk nog op dat de in art. 10 opgenomen boeteclausule een algemene strekking heeft en niet alleen of specifiek ziet op de bepaling van art. 5, die meer een 'good faith'-karakter draagt. Stelling (iv) omtrent de converteerbare lening van ? 22.000.000,- mist feitelijke grondslag, aangezien deze niet in de overeenkomst van 25 november 1991 is opgenomen, maar pas later, in februari 1992, is verstrekt. De uitleg van de onder (viii) bedoelde brief van 23 september 1991, in het slot van rov. 4.14, is feitelijk en daarmee voorbehouden aan het hof, en diens uitleg is niet onbegrijpelijk, zodat de daarop gebaseerde stelling evenmin tot cassatie kan leiden.

4.60. Onderdeel 2.D keert zich tegen 's hofs oordeel in het slot van rov. 4.13 en 4.16 dat [eiseressen] op de aldaar door het hof aangegeven punten geen voldoende

en concreet gespecificeerd bewijsaanbod heeft gedaan. Volgens het onderdeel heeft het hof miskend dat het ging om door [eiseressen] te leveren tegenbewijs, waarvoor niet het vereiste van een voldoende concreet en gespecificeerd aanbod geldt, nu de stellingen van [eiseressen] strekten tot weerlegging van het zelfstandige ontbindingsverweer van [verweerders].

4.61. Het hof is bij beide, als cruciaal voor het betoog van [eiseressen] bestempelde, vragen tot het voor [verweerders] gunstige, en door haar bepleite, oordeel gekomen dat de verkrijging van de prioriteitsaandelen niet zijn grondslag vindt in art. 5 van de overeenkomst van 25 november 1991, maar in 1992 is ontstaan in het kader van het aangaan van de joint venture-overeenkomst (rov. 4.13 en 4.15) en dat de (als zodanig onbestreden) ontbinding van de joint venture-overeenkomst mede het einde van de samenwerking ten aanzien van Uni-Invest impliceerde, waarmee de verplichting tot levering van 49% van de prioriteitsaandelen kwam te vervallen (rov. 4.16). Aldus het verweer van [verweerders] tegen de stellingen van [eiseressen] gegrond bevindend, was het vervolgens aan [eiseressen] om bewijs van haar stellingen te leveren. Anders dan het onderdeel betoogt, gaat het niet om tegenbewijs in de door [eiseressen] bedoelde zin. Het (ontbindings)verweer van [verweerders] betreft immers geen zelfstandig (bevrijdend) verweer, maar behelst een gemotiveerde betwisting van de 'cruciale' stellingen van [eiseressen] omtrent het ontstaans- en (niet-)afstandsmoment van het door haar gestelde prioriteitsaandelenbelang.

4.62. Onderdeel 3 bestrijdt met twee klachten 's hofs oordeel in rov. 4.18.

Onderdeel 3.A is gericht tegen de overweging van het hof dat [eiseressen] haar stelling, dat partijen er steeds van zijn uitgegaan dat de prioriteitsaandelen tegen de nominale waarde zouden worden verkocht en dat de 'control premium' in de koopprijs voor de gewone aandelen zou worden verdisconteerd, onvoldoende nader heeft onderbouwd, juist gelet op het door [verweerders] met name in eerste aanleg gevoerde verweer.

Onderdeel 3.B voert aan dat het hof met die overweging heeft miskend dat het partijdebat in appel werd gevoerd op grond van de grieven van [verweerders] tegen rov. 6.7 van het vonnis van de rechtbank.

4.63. In rov. 6.7 van het vonnis van 5 maart 2003 heeft de rechtbank overwogen:

'(...) Zo blijkt artikel 8a tenminste impliciet uit te gaan van gelijktijdige vervreemding van prioriteitsaandelen en gewone aandelen. Niet weersproken door [verweerders] is de stelling van [eiseressen] (...) dat in de statuten van Uni-Invest is bepaald dat de prioriteitsaandelen slechts tegen de nominale waarde overdraagbaar waren. Voor beide partijen was het een gegeven dat de meerwaarde van de aan de prioriteitsaandelen verbonden zeggenschap zich zou vertalen in een hogere prijs voor de gewone aandelen. Dat veronderstelt gelijktijdige overdracht aan een koper.'

4.64. Tegen deze rechtsoverweging heeft [verweerders] een grief gericht (grief 10). Bij de toelichting op die grief(31) verwijst [verweerders] uitdrukkelijk naar haar

in eerste aanleg 'onder par. 35 van de CVA in conventie' gevoerde verweer, dat inhield dat de prioriteitsaandelen Uni-Invest wel degelijk tegen een andere dan de nominale waarde worden vervreemd. Vervolgens worden de in de statuten neergelegde prijsmaximering van de prioriteitsaandelen en de statutaire blokkeringsregeling van Uni-Invest opnieuw, zij het korter en bondiger, uiteengezet. Gelet op het door [eiseressen] tegen grief 10 gericht verweer<sup>(32)</sup> is niet onbegrijpelijk dat het hof de stellingen van [eiseressen] onvoldoende nader onderbouwd heeft geacht. Dat het hof daarbij verwijst naar 'het door [verweerders] met name in eerste aanleg gevoerde verweer' is evenmin onbegrijpelijk, gezien de verwijzing van [verweerders] naar dat in eerste aanleg gevoerde verweer in haar grief tegen het betreffende oordeel van de rechtbank.

4.65. Onderdeel 4 keert zich met een drietal klachten tegen het in rov. 4.22 gepasseerde bewijsaanbod van [eiseressen].

Onderdeel 4.A neemt tot uitgangspunt dat het bewijsaanbod is gepasseerd omdat het niet relevant is. Geklaagd wordt dat het hof daarmee ten onrechte geheel voorbij is gegaan aan de - voor de toepassing van de Haviltexnorm essentiële - stellingen van [eiseressen], waarin gedetailleerd de exacte gang van zaken bij de onderhandelingen over de vaststellingsovereenkomst en de bedoeling van partijen bij art. 8a is uiteengezet.

Voor zover het bewijsaanbod gepasseerd is omdat het onvoldoende gespecificeerd is, is dit volgens onderdeel 4.B onjuist en/of onbegrijpelijk.

Onderdeel 4.C klaagt dat het hof van een onjuiste rechtsopvatting is uitgegaan, voor zover het (impliciet) heeft geoordeeld dat ten aanzien van een van zijn taalkundige uitleg van art. 8a afwijkende partijbedoeling bijzondere eisen gelden voor de stelplicht en de bewijslastverdeling.

4.66. Onderdeel 4 dient naar mijn mening te slagen. Ik ga ervan uit dat de nader verfijnde Haviltex (Meyer Europe/PontMeyer)-doctrine in een geval als het onderhavige meebrengt dat het de feitenrechter vrijstaat om vooralsnog zonder een inhoudelijke beoordeling van aangevoerde stellingen omtrent een andere in aanmerking te nemen bedoeling van partijen als uitgangspunt beslissend gewicht toe te kennen aan de meest voor de hand liggende taalkundige betekenis van die woorden, gelezen in het licht van de overige, voor de uitleg relevante bepalingen, en dat de feitenrechter de eerder bedoelde stellingen, (slechts) behoeft te beoordelen in het kader van daartegen te leveren tegenbewijs. Daarvan uitgaande, dienen aan het desbetreffend bewijsaanbod geen hoge eisen te worden gesteld. Voldoende is dat het aanbod daartoe ter zake dienend, voldoende gespecificeerd en tijdig is gedaan<sup>(33)</sup>.

4.67. Het hof heeft, nadat het de taalkundige betekenis van art. 8a tot uitgangspunt heeft genomen, terecht overwogen dat niettemin aanleiding bestaat om daarvan af te wijken voor zover [eiseressen] gemotiveerd stelt en, zo nodig, bewijst dat gelet op de omstandigheden van het onderhavige geval inderdaad aan de bewoordingen van art. 8a een afwijkende betekenis moet

worden toegekend (rov. 4.8). Daarbij heeft het hof het oog gehad op de door [eiseressen] ingeroepen context en de wordingsgeschiedenis van art. 8a (rov. 4.9). In rov. 4.12 oordeelt het hof dat het de door [eiseressen] geponeerde stellingen, in het licht van het door [verweerders] gevoerde verweer, onvoldoende acht voor de conclusie dat aan art. 8a een andere betekenis dan een taalkundige uitleg moet worden toegekend. Na de verdere beoordeling van het geschil en de voor het betoog van [eiseressen] 'cruciale' vragen heeft het hof tot slot in rov. 4.22 overwogen dat [eiseressen] voor het overige geen stellingen heeft geponeerd die, indien bewezen, tot een ander oordeel zouden kunnen leiden.

4.68. Het bewijsaanbod dat [eiseressen] in de loop van de procedure heeft gedaan, is in haar pleitnota (in eerste aanleg) te vinden en luidde als volgt:

'Voor het geval de Rechtbank daarover [dat de stellingen van eiseressen ([eiseressen]) omtrent wat partijen zijn overeengekomen juist zijn en voorshands bewezen moeten worden geacht, toev.] anders zou oordelen, bieden eiseressen aan hun stellingen te bewijzen door alle middelen rechtens, in het bijzonder door het horen van getuigen (waaronder, maar niet uitsluitend, eisers sub 1, [getuige 1], commissaris bij Uni-Invest, [getuige 2 en 3]).'<sup>(34)</sup>

In hoger beroep heeft [eiseressen] dit in algemene bewoordingen gestelde bewijsaanbod als volgt herhaald:

'Voorzover het Gerechtshof mocht oordelen dat op geïntimeerde enige bewijslast rust, bieden zij aan hun stellingen te bewijzen door alle middelen rechtens, in het bijzonder door het horen van getuigen (waaronder [eiseres 1], [verweerder 1]).'<sup>(35)</sup>

4.69. Onderdeel 4.A klaagt m.i. terecht dat het hof bij het passeren van het bewijsaanbod ten onrechte is voorbijgegaan aan de in het onderdeel bedoelde (essentiële en gedetailleerde) stellingen over het verloop van de onderhandelingen bij het opstellen van de vaststellingsovereenkomst en de ontstaansgeschiedenis van het daarin opgenomen art. 8a.<sup>(36)</sup> Voor de uitleg conform de Haviltexnorm zijn de stellingen, en verklaringen daaromtrent van de bij de onderhandelingen betrokken personen immers van belang<sup>(37)</sup>, uiteraard ook als in een geval als het onderhavige het bewijsrisico rust op degene die de afwijkende, in aanmerking te nemen, bedoeling van partijen stelt.

Ik neem hierbij mede het volgende in aanmerking:

(i) [Eiseressen] is in eerste instantie (goeddeels) in het gelijk gesteld. Gelet op het principe van de devolutieve werking van het appel, zie ik als regel geen aanleiding om aan de in eerste instantie in het gelijk gestelde partij in appel nadere/ verzwaarde eisen ten aanzien van het bewijsaanbod te stellen.

(ii) Dit klemt temeer nu in deze zaak (ook) in eerste instantie geen getuigen gehoord. De wijze waarop de problematiek van de in hoger beroep aan te scherpen eisen<sup>(38)</sup> aan de orde was bijv. in de meer genoemde zaak Meyer Europe/PontMeyer, speelt in deze zaak [eiseressen/verweerders] m.i. niet.

4.70. 's Hof's oordeel in rov. 4.22 'dat [eiseressen] voor het overige geen stellingen heeft geponeerd die, indien bewezen, tot een ander oordeel zouden kunnen leiden'

en dat 'haar bewijsaanbod - dat op zichzelf al weinig is gespecificeerd - [zal] worden gepasseerd' acht ik in het licht van het vorenstaande niet houdbaar.

Het oordeel is rechtens onjuist indien het uitgaat van een in het gegeven geval verzwaarde stelplicht of specificatieplicht. Indien het hof niet van een onjuiste rechtsopvatting is uitgegaan, is zonder nadere motivering, die ontbreekt, zijn oordeel omtrent onvoldoende relevantie en/of onvoldoende specificatie niet begrijpelijk.

De in onderdeel 4 besloten liggende, hierop gerichte klachten slagen dus, zonder dat zij verdere bespreking behoeven.

4.71. Met onderdeel 5 keert [eiseressen] zich tegen de verwerping door het hof in rov. 4.20 van haar beroep op onvoorzienne omstandigheden (in de zin van art. 6:258 BW), waaraan zij het gestelde in de voorgaande onderdelen ten grondslag legt. Dit komt er op neer dat art. 8a onder (de voorziene) omstandigheden - namelijk bij verdiscontering van de 'control premium' in de prijs voor de gewone aandelen en het nalaten van [verweerders] een gelijke verhoogde prijs te bedingen ten behoeve van [eiseressen] - een (schadevergoedings)aanpraak ontstaat voor [verweerders] ter zake van de (meer)waarde van de prioriteitsaandelen. Op grond van dit betoog wordt 's hofs overweging dat art. 8a op geen enkele wijze aan [eiseressen] recht geeft (op de helft van de) aan de prioriteitsaandelen verbonden (meer)waarde en daarom geen sprake kan zijn van onvoorzienne, in de vaststellingsovereenkomst niet verdisconteerde omstandigheden, bestreden.

4.72. Aangezien de door het onderdeel aan de klacht ten grondslag gelegde aanspraak op de helft van de (meer)waarde van de prioriteitsaandelen door het hof is verworpen en het hof in rov. 4.19 tot de conclusie is gekomen dat art. 8a [eiseressen] slechts een voorwaardelijk 'tag along'-recht geeft, wordt de daarop voortbouwende overweging van het hof ten aanzien van het beroep op onvoorzienne omstandigheden tevergeefs bestreden.

4.73. De restklacht van onderdeel 6 bouwt voort op de voorgaande onderdelen en dient het lot daarvan te delen.

## **5. Bespreking van het voorwaardelijk incidentele cassatieberoep**

5.1. Het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep betreft het door [verweerders] in reconventie gedane beroep op een door [betrokkene 1 en 2] getekende afstandsverklaring (zie hiervoor nr. 3.3). Dit beroep heeft de rechtbank verworpen, welke beslissing door het hof is vernietigd. Aan een zelfstandige behandeling daarvan is het hof echter niet meer toegekomen, omdat het hof de vorderingen van [eiseressen] ongegrond heeft bevonden.

5.2. Het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep klaagt nu dat, voor zover het hof in rov. 4.26 de reconventionele vordering definitief heeft afgewezen en deze na eventuele cassatie en verwijzing niet meer aan de orde kan komen, het hof essentiële stellingen omtrent het beroep op de afstandsverklaringen heeft verzuimd te behandelen.

5.3. De klacht mist feitelijke grondslag en mist ook belang. In de eerste plaats heeft het hof de reconventionele vordering niet definitief afgewezen, en ten tweede zal het hof, waarnaar de zaak eventueel wordt verwezen, bij de verdere behandeling van de zaak alsnog aan dit beroep van [verweerders] toekomen.

## **6. Conclusie**

Mijn conclusie strekt in het principale beroep tot vernietiging en verwijzing, en in het incidentele beroep tot verwerping.

---

## **Noten**

1 Ontleend aan rov. 1.2-1.17 van het vonnis van de rechtbank Zwolle-Lelystad van 5 maart 2003, van welke feiten ook het hof is uitgegaan (zie rov. 3 van het bestreden arrest).

2 Productie 5 bij conclusie van eis.

3 Productie 10 bij conclusie van eis en productie 1 bij memorie van grieven.

4 Dit door Vigor Beheer BV - verweerster in het principaal cassatieberoep, tevens eiseres in het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep sub 8 - ingestelde vrijwaringsincident is in cassatie verder niet van belang.

5 Hier te verstaan als: de verweerders in het principaal cassatieberoep, tevens eisers in het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep sub 1 t/m 4. De Uni-Invest vennootschappen hebben zich bij afzonderlijke conclusie van antwoord tevens houdende conclusie van eis in reconventie aangesloten bij hetgeen door de onder 1 t/m 4 genoemde partijen is aangevoerd. Vigor Beheer heeft zelfstandig verweer gevoerd en, voor zover nodig, de rechtbank eveneens verwezen naar het door haar medegegdaagden aangevoerde verweer.

6 Hier wederom te verstaan als: de verweerders in het principaal cassatieberoep, tevens eisers in het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep sub 1 t/m 4.

7 Gepubliceerd in JOR 2005, 232.

8 Het arrest dateert van 28 juni 2005; de cassatiedagvaarding is op 28 september 2005 uitgebracht.

9 HR 13 maart 1981, NJ 635 m.nt. CHJB, AA 1981, p. 355 m.nt. PvS (Haviltex).

10 HR 20 februari 2004, NJ 2005, 493 m.nt. Du Perron (Pensioenfonds DSM/Fox), rov. 4.5.

11 R.P.J.L. Tjittes, Uitleg van schriftelijke contracten, RM Themis 2005-1, p. 14-19; T.H. Tanja-van den Broek, Een kwestie van uitleg, WPNR 2002/ 6493, p. 430-436.

12 HR 20 februari 2004, NJ 2005, 493 m.nt. Du Perron (Pensioenfonds DSM/Fox), rov. 4.5.

13 In de overeenkomst in kwestie luidende: 'This agreement contains the entire agreement of the parties in relation to its subject matter. From the moment that its agreement is signed, all previous agreements and arrangements made by the parties in relation to its subject matter, if any, shall terminate.'

14 Kroniek van het vermogensrecht, NJB 2007, 681, p. 727 (730-731).

15 Vgl. voor dit laatste C.E. Drion en E. van Wechem, a.w., p. 731 bovenaan.

16 Ik moet erkennen dat ik hiervoor nog geen steun in de literatuur gevonden heb, ook niet bij Asser-Van Schaick V-4, 2004, nr. 272. Daar wordt nog aan de Haviltex-leer van 1981 gerefereerd, zij het onder vermelding van kritiek daarop.

17 Vgl. C.E. Drion en E. van Wechem, a.w. (p. 730), mede onder verwijzing naar F.W. Grosheide, Contracten 2000, p. 100-107.

18 Tjittes, a.w., p. 16.

19 Vgl. HR 12 januari 2001, NJ 2001, 199 (rov. 3.8 en 3.9) en Tjittes, a.w., p. 9.

20 Tanja-van den Broek, a.w., p. 435; Asser-Hartkamp 4-II, 2005, nr. 284.

21 HR 17 september 2004, NJ 2005, 169 m.nt. JHS, rov. 3.3.3.

22 Waar partijen spreken over een belang van (formeel) 48,75% in [B] BV (thans Uni-Invest Prioriteit BV), rondt het hof dit bedrag af op 49%.

23 Dit valt te meer op omdat de Amsterdamse vnzgr. mr. Branbergen in rov. 11 van zijn vonnis tussen partijen d.d. 23 oktober 2000 (prod. 15 bij CvE) reeds had overwogen: 'Het standpunt van [eiseressen] zou desondanks juist kunnen zijn indien ofwel de verkoop of afkoop van de beschermingsrechten naar de gangbare gebruiken bij dit soort fusies in de prijs voor de gewone aandelen verdisconteerd pleegt te worden en de separate overdracht van deze rechten in dit geval alleen gebruikt wordt als een constructie ter verkorting van de rechten van [eiseressen] [...]. De door [eiseressen] aangedragen omstandigheden wettigen vooralsnog echter niet de conclusie dat een van deze omstandigheden zich in casu voordoet.'

24 J.H.F.J. Cremers, Prioriteitsaandelen (diss. 1971), p. 93 e.v., geeft aan dat dit 'vaak' gebeurt, doch spreekt niet van een gebruik. Ook in Asser-Maeijer 2-III (2000), nrs. 196 en 401 ben ik niet iets omtrent een zodanig 'gebruik' tegengekomen.

25 Over de verwerping van het beroep op art. 6:258 BW klaagt onderdeel 5, zie verderop.

26 De brief is overgelegd als productie 16 bij conclusie van eis.

27 Zie bijv. de memorie van antwoord, nr. 2, en in eerste aanleg de pleitnota, nr. 1.

28 Zie (ook) de door haar genoemde vindplaats in de cassatiedagvaarding: pleitaantekeningen in hoger beroep onder nr. 22-23.

29 Vgl. bijv. Hugenholtz/Heemskerk, Hoofdlijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht, 2006, nr. 143, met verwijzing naar verdere vindplaatsen.

30 Het op 30 september 1993 ondertekende 'Protocol van Afspraken tussen de heren [betrokkene 3] en [verweerder 1]' is door [verweerdere] overgelegd als productie 17 bij het pleidooi in hoger beroep (aanvullende producties). Art. 13 van het protocol luidt:

'Afgesproken wordt dat bij vervreemden c.q. bezwaren van aandelen, Uni-Invest N.V., welke in het bezit zijn van [B] B.V. c.q. van andere gelieerde vennootschappen, wederzijds een kooprecht wordt verleend (Right of first refusal).

Deze afspraak zal nader worden uitgewerkt.

Verkoop aan derden:

Voorts is eerder besloten, dat zal worden samengewerkt bij verkoop van aandelen Uni-Invest aan derden.

Aan deze afspraken zullen ook de rechtsopvolgsters van [betrokkene 1 en 2] en [verweerder 1] zijn gebonden.'

31 MvG onder 77-78.

32 MvA onder 99-101.

33 Burgerlijke Rechtsvordering, Rutgers, art. 166, aant. 5; Snijders/Wendels, Civiel appel, 2003, nr. 207 met verdere verwijzingen.

34 Pleitnota eerste aanleg, nr. 38.

35 Memorie van antwoord onder 132.

36 Onderdeel 4A verwijst naar (korte samenvattingen uit de vindplaatsen en cursiveringen van mij, A-G):

- de Inleidende dagvaarding, par. 21: handhaving door [eiseressen] op de prioriteit in het kader van de onderhandelingen;

- de CvR par. 21-23 (ten aanzien van de redactie van art. 8a bij [verweerdere] bekende en, voor zover bij [eiseressen] bekend door [verweerdere] voor waar gehouden uitgangspunten);

- de pleitnota eerste aanleg, par. 3: hetgeen partijen beoogden omtrent verdiscontering van de waarde van de prioriteitsaandelen; alsmede par. 24-25: op 22 april 1996 mondeling bereikt akkoord op hoofdlijnen, nadere bespreking op 23/24 april 1996, waarbij de aanspraak van [eiseressen] op de prioriteitsaandelen ter sprake is gekomen; dit was voor [verweerdere] aanvaardbaar; geen discussie over de tekst; over het principe waren partijen het eens; er was alleen nog de wens van [verweerdere] dat [eiseressen] haar recht op levering van de prioriteitsaandelen opgaf, hetgeen leidde tot toevoeging van de tweede zin in art. 8a;

- de MvA par. 57: [herhalingen van enige hierboven vermelde stellingen];

- en de pleitnota in appel, par. 24-29: [26] de gedachte was dat de priors nooit los van de gewone aandelen verkocht zouden worden en omgekeerd; zo sprak [verweerder 1] daar zelf ook altijd over; zijn belang van [eiseressen] was juist zo veel waard in combinatie met de priors; [27] de stelling van [verweerdere] onder 30 MvG dat tijdens de onderhandelingen met geen woord gesproken is over de het delen van de eventuele waarde prioriteitsaandelen is niet juist; [28] [eiseres 1] herinnerde [verweerder 1] aan het 'samen uit-samen thuis'-principe en [verweerder 1] begreep dat heel goed; hij aanvaardde dit voorstel zonder meer; [29] er was een andere reden voor de toevoeging van de tweede volzin in art. 8a.

37 Vgl. HR 12 januari 2001, NJ 2001, 199, rov. 3.9.

38 Vgl. bijv. HR 9 juli 2004, NJ 2005, 270 m.nt. DA (OZ/[...]).

